

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 160

Volksgesetzgebung und Grundrechte

Von

Bernd J. Hartmann



Duncker & Humblot · Berlin

BERND J. HARTMANN

Volksgesetzgebung und Grundrechte

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Heinrich Dörner Dr. Dirk Ehlers Dr. Ursula Nelles

Band 160

Volksgesetzgebung und Grundrechte

Von

Bernd J. Hartmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2004 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0935-5383
ISBN 3-428-11821-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Abhandlung wurde im Wesentlichen im Frühjahr 2003 abgeschlossen. Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster hat sie im Sommer 2004 als Dissertation angenommen. Für die Buchfassung habe ich die Nachweise aktualisiert. Sie befinden sich nun auf dem Stand vom 1. November 2004. Danach erschienene Beiträge konnten nur noch vereinzelt Berücksichtigung finden. Ein Teil dieser Schrift, die Darstellung des Verfahrens plebiszitärer Sachentscheidung, gründet auf meinem Aufsatz über Volksgesetzgebung in Ländern und Kommunen (DVBl. 2001, S. 776 ff.).

Soll ein Buch für sich selbst sprechen, bleibt dem Vorwort nur, Ort des Dankes zu sein. An erster Stelle ist mein verehrter Lehrer, Herr Professor Dr. Bodo Pieroth, zu nennen. Er fordert und fördert mich, seit er mich in meinem zweiten Semester als studentische Hilfskraft einstellte. Die Methode rechtswissenschaftlichen Arbeitens, die ich von ihm und an seinem Institut gelernt habe, hat mein juristisches Denken geprägt; sie liegt dieser Dissertation zu Grunde. Als Zweitgutachter war Herr Professor Dr. Dirk Ehlers im Einsatz. Die wertvollen Hinweise aus den beiden Voten haben in der Druckfassung durchweg ihren Niederschlag gefunden. Die Herren Professoren Pieroth und Ehlers waren außerdem eine große Hilfe, als sie mir bei der Einwerbung von Drittmitteln geholfen haben. Herrn Professor Ehlers und den anderen Herausgebern der Münsterischen Beiträge zur Rechtswissenschaft, der Dekanin Frau Professorin Dr. Ursula Nelles und Herrn Professor Dr. Heinrich Dörner, danke ich auch für die ehrenvolle Aufnahme in diese Reihe. Es bedeutet mir viel, auf diese Weise mit der Fakultät dauerhaft verbunden zu bleiben. Fakultätsübergreifend ist der Arbeitskreis Geschichte, Methode und Dogmatik des Öffentlichen Rechts besetzt. Anfang des Jahres 2001 hatte ich dort die schöne Gelegenheit, in einem frühen Stadium Probleme und Lösungsansätze dieser Schrift intensiv zu diskutieren. Der rechtsvergleichende Teil dieser Abhandlung ist an der University of Virginia entstanden, im Seminar „Constitutional Law Scholarship and the Scholarly Process“ bei den Professoren Dr. G. Edward White und James E. Ryan. Ihnen danke ich für ihre erfrischend andere Perspektive.

Um diese Schrift haben sich noch viel mehr liebe Menschen verdient gemacht. Der ihnen ausgesprochene Dank braucht hier nicht wiederholt zu werden. Nur Siegmund Kemm, Professor Dr. Thorsten Kingreen, Dr. Rainer Störmer und vor allem Dr. Christoph Görisch sollen stellvertretend herausgegriffen werden, weil sie zugleich für die bereichernde Atmosphäre am Institut für Öffentliches Recht und Politik stehen. Weil die Wissenschaftsförderung auf die Publizität ihres Wirkens

angewiesen ist, möchte ich noch folgenden Organisationen samt den dahinter stehenden Personen für ihr Engagement danken: der Graduiertenförderung des Landes Nordrhein-Westfalen für das Promotionsstipendium, dem Deutschen Akademischen Austauschdienst für das Auslandsstipendium, den Universitäten Münster und Virginia für das Dean's Scholarship, der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster e.V. für den Harry-Westermann-Preis und dem Freundeskreis Rechtswissenschaften e.V. für einen großzügigen Zuschuss zu den Druckkosten.

Dieses Vorwort wäre unvollständig, fehlte meine Familie. Ihrer Unterstützung konnte ich mir immer sicher sein. Von meinen Eltern habe ich gelernt zu fragen. Mein Vater, leidenschaftlicher Rechtsanwalt und Notar, hat mein Interesse am Recht geweckt. Meine Mutter las, neben allem anderen, auch noch diese Schrift Korrektur. Als geringes Zeichen meiner Bewunderung ist diese Monographie meinen Eltern gewidmet. Meine Frau Susanne, meine Tochter Tabea und mein Sohn Jakob haben die Entstehung dieser Abhandlung auf ihre je eigene Weise nachhaltig beeinflusst. Sie geben mir Geborgenheit wie niemand sonst. Allen Angesprochenen sage ich auch auf diesem Weg ganz herzlich: „Danke schön!“

Münster, den 14. Juli 2005

Bernd J. Hartmann

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung: Gegenstand und Gang der Darstellung	23
--	----

Zweiter Teil

Volksgesetzgebung: Rechtsquellen und Verfahren	26
---	----

Erstes Kapitel

Rechtsquellen der Volksgesetzgebung	26
--	----

Zweites Kapitel

Struktur und Reichweite der Volksgesetzgebung	29
--	----

Drittes Kapitel

Verfahren der Volksgesetzgebung	31
--	----

Viertes Kapitel

Rechtsfolgen der Volksgesetzgebung	42
---	----

Dritter Teil

Grundlagen: Staat und Gesellschaft	43
---	----

Erstes Kapitel

Geschichte	43
-------------------	----

§ 1 Zentralisierung der Herrschaftsgewalt in der absoluten Monarchie	44
--	----

§ 2 Entpersonalisierung der Staatsgewalt in der konstitutionellen Monarchie	47
---	----

10	Inhaltsverzeichnis	
§ 3	Konturierung der Gesellschaft im Licht des Wohlfahrtsstaats	50
§ 4	Wechselwirkungen zwischen Staat und Gesellschaft	54
	Zweites Kapitel	
	Geltendes Recht	57
§ 1	Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	57
§ 2	Unterscheidung von subjektivem Recht und Kompetenz	58
	A. Gründe	60
	B. Konsequenzen	62
§ 3	Unterscheidung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung	66
	<i>Vierter Teil</i>	
	Grundrechte: Berechtigung und Bindung	70
	Erstes Kapitel	
	Methodische Vorüberlegungen im Licht der Rechtsprechung	70
§ 1	Lösung des Bundesverfassungsgerichts	70
§ 2	Kritik, methodische Vergewisserung und eigener Ansatz	74
	A. Auslegung geltenden Rechts	74
	I. Statuslehre nach Georg Jellinek	75
	II. Lehre von den Grundrechtsfunktionen	78
	B. Grundgesetz als Maßstab	80
	C. Problem als Zuordnungsproblem	82
	I. Zuzuordnender Sachverhalt: Rechtsverhältnisse	83
	II. Maßgebende Tatbestände: Bindungsnorm vor Berechtigungsnormen	85

Inhaltsverzeichnis	11
Zweites Kapitel	
Ausleben der Freiheit und Ausüben der Staatsgewalt	88
§ 1 Allgemeines zur Auslegung der Bindungsnorm	88
A. Zur grammatischen Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG	89
B. Zur systematischen Auslegung mit Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG	90
I. Relevanz der Vorschrift	90
II. Numerus clausus der Ausübung von Staatsgewalt	92
III. Reichweite der Wendung „vom Volke“	93
IV. Asynchronitätsargument versus Kurationsnorm	95
C. Zur historischen Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG	96
D. Zur genetischen Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG	97
§ 2 Grundrechtsbindung bei der Volksgesetzgebung	98
A. Ausfertigung, Verkündung und Anwendung des Volksgesetzes	98
B. Abstimmung über ein Volksgesetz	102
C. Vorstufen der Abstimmung	104
I. Maßstab	104
1. Wortlautgrenzen	105
2. Kriterium der Notwendigkeit	105
3. Konkretisierung in Anlehnung an Art. 76 ff. GG	106
II. Anwendung	109
1. Begehren	110
2. Entscheid und Zugang zur Abstimmung	110
3. Ausfertigung und Verkündung	111
III. Ergebnis	112

§ 3 Grundrechtsberechtigung bei der Volksgesetzgebung	112
A. Antrag auf Zulassung des Begehrens	112
B. Abstimmungskampf	115
I. Begründung des Grundrechtsschutzes	115
II. Exkurs: Grundrechts- und Demokratietheorie	120
C. Zielfindung und Entwurfsfertigung	121
Drittes Kapitel	
Rechtsvergleich: Parallelprobleme in den USA	122
<i>Fünfter Teil</i>	
Konsequenzen: Verfahrens- und Prozessrecht	132
Erstes Kapitel	
Spielräume bei der Setzung von Volksgesetzgebungsrecht	132
Zweites Kapitel	
Verfahrensrecht	136
§ 1 Verfahrensrechtliche Abstimmungsgrundsätze	136
A. Freiheit der Abstimmung?	136
I. Abstimmungspflicht	136
1. Abstimmungshandlung als Kompetenzausübung	137
2. Analogie zur Freiheit der Wahl?	137
a) Wahlfreiheit als Gegensatz zur Wahlpflicht	138
b) Voraussetzungen der Analogie	140
aa) Art. 28 GG statt Art. 38 GG	142
bb) Regelungslücke	143
cc) Interessenlagen bei Wahlen und Abstimmungen	146
c) Ergebnis	149

Inhaltsverzeichnis	13
II. Abstimmungsmaßstab	149
III. Mehrzahl an Vorschlägen?	151
IV. Verbot äußeren Zwangs	152
B. Unmittelbarkeit der Abstimmung	153
C. Allgemeinheit und Gleichheit der Abstimmung	154
D. Geheimheit der Abstimmung	155
E. Ergebnis	158
F. Exkurs: Wahlen und Abstimmungen in Parlament und Volk	158
§ 2 Verfahrensrechtliche Kontrollbefugnisse	161
A. Grundrechtsbindung	161
B. Maßstab der Normsetzung	164
 Drittes Kapitel	
Prozessrecht	165
§ 1 Grundrechtsverhältnisse	166
A. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz	166
I. Abstimmungskampf, Zielfindung, Entwurfsfertigung	167
II. Antrag auf Durchführung des Begehrens	169
III. Rechtsschutz gegen Volksgesetze	170
B. Landesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz	172
C. Bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz	177
I. Verfassungsbeschwerde	178
1. Beschwerdefähige Rechte und ihre Träger	178
a) Gleichheit und Geheimheit der Abstimmung?	178
b) Abstimmungskampf: Grundrechte samt Chancengleichheit	179

c) Rechtsschutz gegen Volksgesetze	183
d) Exkurs: Rechtsprechung zum Stimmrecht	184
2. Besonderheiten bei Personenmehrheiten	185
3. Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit	187
II. Kommunalverfassungsbeschwerde	188
§ 2 Organisationsrechtsverhältnisse	189
A. Verwaltungsgerichte	190
I. Begehren: Feststellung der Zulässigkeit	190
1. Richtige Klageart	190
2. Klagebefugnis	194
II. Entscheid: Durchführung, Abstimmung und Prüfung	197
1. Durchführung des Bürgerentscheids	197
2. Teilnahme an der Abstimmung	198
3. Abstimmungsprüfung	201
III. Rechtsschutz gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen	201
IV. Präventiver Rechtsschutz gegen Volksgesetze	202
B. Landesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz	203
I. Präventive Normenkontrolle im Zulassungsverfahren	203
II. Organstreitigkeiten über die Durchführung der Volksgesetzgebung	204
III. Repressive Normenkontrolle	209
C. Bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz	210
I. Organstreitigkeiten über die Durchführung der Volksgesetzgebung	210
II. Rechtsschutz gegen Volksgesetze	212
§ 3 Ergebnis	213

Inhaltsverzeichnis	15
--------------------	----

Sechster Teil

Schluss: Zusammenfassung der Ergebnisse	215
--	-----

Anhang

U.S.-amerikanische Vorschriften	218
---------------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	220
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	249
-----------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

Maßgebend ist Kirchner / Butz, Abkürzungsverzeichnis, 5. Aufl. 2003, mit folgenden Ergänzungen:

ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (zitiert nach Hattenhauer, Landrecht)
Bb	Brandenburg
Bb GO	Gemeindeordnung für das Land Brandenburg (Gemeindeordnung – GO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 10. 10. 2001, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. 6. 2003, Beck'sche Textausgabe Brandenburg Ord.-Nr. 100
Bb GO-LT	Geschäftsordnung des Landtages Brandenburg v. 28. 2. 2000, Beck'sche Textausgabe Brandenburg Ord.-Nr. 23
Bb KWG	Gesetz über die Kommunalwahlen im Land Brandenburg (Brandenburgisches Kommunalwahlgesetz – BbgKWahlG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 10. 10. 2001, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. 6. 2003, Beck'sche Textausgabe Brandenburg Ord.-Nr. 126
Bb LKrO	Landkreisordnung für das Land Brandenburg (Landkreisordnung – LKrO) v. 15. 10. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. 6. 2003, Beck'sche Textausgabe Brandenburg Ord.-Nr. 102
Bb VAG	Gesetz über das Verfahren bei Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (Volksabstimmungsgesetz) v. 14. 4. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20. 3. 2003, Beck'sche Textausgabe Brandenburg Ord.-Nr. 5
Bb VerfGG	Gesetz über das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg (Verfassungsgerichtsgesetz Brandenburg – VerfGGBbg) in der Fassung der Bekanntmachung v. 22. 11. 1996, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1. 7. 2003, Beck'sche Textausgabe Brandenburg Ord.-Nr. 41, Pestalozza Ord.-Nr. 4a
Bb Vf	Verfassung des Landes Brandenburg v. 20. 8. 1992, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7. 4. 1999, Beck'sche Textausgabe Brandenburg Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 4
Bl	Berlin
Bl VerfGHG	(Berliner) Gesetz über den Verfassungsgerichtshof (VerfGHG) v. 8. 11. 1990, zuletzt geändert durch Gesetz v. 15. 10. 2001, Driehaus / Kärgele Ord.-Nr. 35, Pestalozza Ord.-Nr. 3a
Bl Vf	Verfassung von Berlin v. 23. 11. 1995, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19. 5. 2004, Driehaus / Kärgele Ord.-Nr. 10, Pestalozza Ord.-Nr. 3
Bl VInG	(Berliner) Gesetz über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid v. 11. 6. 1997, Driehaus / Kärgele Ord.-Nr. 25
Bm	Bremen

Bm GVfVe	(Bremisches) Gesetz über das Verfahren beim Volksentscheid v. 27. 2. 1996 in der Fassung des Gesetzes v. 22. 12. 1998, Sammlung des bremischen Rechts Ord.-Nr. 112-a-1
Bm StGHG	(Bremisches) Gesetz über den Staatsgerichtshof in der Fassung v. 18. 6. 1996, Pestalozza Ord.-Nr. 5a, Sammlung des bremischen Rechts Ord.-Nr. 1102-a-1
Bm Vf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen v. 21. 10. 1947, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8. 4. 2003, Pestalozza Ord.-Nr. 5, Sammlung des bremischen Rechts Ord.-Nr. 100-a-1
BVerfG-K	Bundesverfassungsgericht (Kammerbeschluss)
BW	Baden-Württemberg
BW GemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (Gemeindeordnung – GemO) in der Fassung v. 24. 7. 2000, zuletzt geändert durch Gesetz v. 28. 5. 2003, Dürig Ord.-Nr. 56
BW KomWG	(Baden-württembergisches) Kommunalwahlgesetz (KomWG) in der Fassung v. 1. 9. 1983, zuletzt geändert durch Gesetz v. 11. 3. 2004, Dürig Ord.-Nr. 58
BW LKrO	Landkreisordnung für Baden-Württemberg (Landkreisordnung – LKrO) in der Fassung v. 19. 6. 1987, zuletzt geändert durch Gesetz v. 17. 7. 2003, Dürig Ord.-Nr. 57
BW StGHG	(Baden-württembergisches) Gesetz über den Staatsgerichtshof v. 13. 12. 1954, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9. 3. 1976, Dürig Ord.-Nr. 18, Pestalozza Ord.-Nr. 1a
BW VAbstG	(Baden-württembergisches) Gesetz über Volksabstimmung und Volksbegehren (Volksabstimmungsgesetz – VAbstG) in der Fassung v. 27. 2. 1984, Dürig Ord.-Nr. 6
BW Vf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg v. 11. 11. 1953, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23. 5. 2000, Dürig Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 1
By	Bayern
By GLKrWG	(Bayerisches) Gesetz über die Wahl der Gemeinderäte, der Bürgermeister, der Kreistage und der Landräte (Gemeinde- und Landkreiswahlgesetz – GLKrWG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 5. 4. 2000, zuletzt geändert durch G. v. 9. 7. 2003, Ziegler / Tremel Ord.-Nr. 290
By GO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung – GO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 22. 8. 1998, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26. 7. 2004, Ziegler / Tremel Ord.-Nr. 280
By GO-LT	Geschäftsordnung für den Bayerischen Landtag v. 9. 7. 2003 in der Fassung v. 17. 3. 2004, zitiert nach www.bayerischer-landtag.de/pdf_internet/GeschO.pdf (Stand: 17. 7. 2005)
By KAG	(Bayerisches) Kommunalabgabengesetz (KAG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 4. 4. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26. 7. 2004, Ziegler / Tremel Ord.-Nr. 373
By LKrO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern (Landkreisordnung – LKrO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 22. 8. 1998, zuletzt geändert durch Gesetz v. 24. 12. 2002, Ziegler / Tremel Ord.-Nr. 440

By LWG	(Bayerisches) Gesetz über Landtagswahl, Volksbegehren und Volksentscheid (Landeswahlgesetz – LWG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 5. 7. 2002, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9. 7. 2003, Ziegler/Tremel Ord.-Nr. 430
By Vf	Verfassung des Freistaates Bayern v. 8. 2. 1946 in der Fassung der Neubekanntmachung v. 15. 12. 1998, Ziegler/Tremel Ord.-Nr. 850, Pestalozza Ord.-Nr. 2
By VfGHG	Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof (VfGHG) v. 10. 5. 1990, zuletzt geändert durch Gesetz v. 24. 4. 2001, Ziegler/Tremel Ord.-Nr. 855, Pestalozza Ord.-Nr. 2a
CDU	Christlich Demokratische Union
DP	Deutsche Partei
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung vom 2. 10. 1997, geändert durch Art. 1 des Vertrages von Nizza v. 26. 2. 2001, Sartorius Ord.-Nr. 1000
f., ff.	folgende / r / s
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
FS	Festschrift, Festgabe, Gedächtnisschrift
ggf.	gegebenenfalls
Hb	Hamburg
Hb GVBVE	Hamburgisches Gesetz über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid v. 20. 6. 1996, zuletzt geändert am 4. 6. 2002, Ramsauer Ord.-Nr. 5
Hb VerfGG	Gesetz über das Hamburgische Verfassungsgericht in der Fassung der Bekanntmachung v. 23. 3. 1982, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12. 2. 2002, Ramsauer Ord.-Nr. 12, Pestalozza Ord.-Nr. 6a
Hb Vf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg v. 6. 6. 1952, zuletzt geändert durch Gesetz v. 16. 5. 2001, Ramsauer Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 6
HChE	Herrenchiemsee-Entwurf (des Grundgesetzes)
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
Hs	Hessen
Hs GVBVE	(Hessisches) Gesetz über Volksbegehren und Volksentscheid v. 16. 5. 1950, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23. 12. 1999, Fuhr/Pfeil Ord.-Nr. 6
Hs HGO	Hessische Gemeindeordnung (HGO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 1. 4. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20. 6. 2002, Fuhr/Pfeil Ord.-Nr. 45
Hs KWG	Hessisches Kommunalwahlgesetz (KWG) in der Fassung vom 4. 9. 2000, zuletzt geändert durch Gesetz v. 6. 2. 2002, Fuhr/Pfeil Ord.-Nr. 51
Hs StGHG	(Hessisches) Gesetz über den Staatsgerichtshof (StGHG) in der Fassung v. 19. 1. 2001, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1. 10. 2002, Fuhr/Pfeil Ord.-Nr. 2, Pestalozza Ord.-Nr. 7a
Hs VAbstG	(Hessisches) Gesetz über Volksabstimmung in der Fassung v. 16. 6. 1995, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23. 12. 1999, Fuhr/Pfeil Ord.-Nr. 5
Hs Vf	Verfassung des Landes Hessen v. 1. 12. 1946, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18. 10. 2002, Fuhr/Pfeil Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 7

KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
MV	Mecklenburg-Vorpommern
MV KV	Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern (Kommunalverfassung – KV M-V) in der Fassung der Bekanntmachung v. 8. 6. 2004, Beck'sche Textausgabe Mecklenburg-Vorpommern Ord.-Nr. 100
MV KWG	Kommunalwahlgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern (Kommunalwahlgesetz – KWG M-V) in der Fassung der Bekanntmachung v. 13. 10. 2003, Beck'sche Textausgabe Mecklenburg-Vorpommern Ord.-Nr. 126
MV LVerfGG	Gesetz über das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Landesverfassungsgerichtsgesetz – LVerfGG) v. 19. 7. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9. 7. 2002, Beck'sche Textausgabe Mecklenburg-Vorpommern Ord.-Nr. 41, Pestalozza Ord.-Nr. 8a
MV VaG	Gesetz zur Ausführung von Initiativen aus dem Volk, Volksbegehren und Volksentscheid in Mecklenburg-Vorpommern (Volksabstimmungsgesetz VaG M-V) v. 31. 1. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26. 9. 2001, Beck'sche Textausgabe Mecklenburg-Vorpommern Ord.-Nr. 5
MV Vf	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern v. 23. 5. 1993, geändert durch Gesetz v. 4. 4. 2000, Beck'sche Textausgabe Mecklenburg-Vorpommern Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 8
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen / mit weiterem Nachweis
Ns	Niedersachsen
Ns NGO	Niedersächsische Gemeindeordnung (NGO) in der Fassung v. 22. 8. 1996, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19. 2. 2004, März Ord.-Nr. 220E
Ns NLO	Niedersächsische Landkreisordnung (NLO) in der Fassung v. 22. 8. 1996, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20. 11. 2001, März Ord.-Nr. 220F
Ns StGHG	(Niedersächsisches) Gesetz über den Staatsgerichtshof v. 1. 7. 1996, März Ord.-Nr. 112A, Pestalozza Ord.-Nr. 9a
Ns VAbstG	Niedersächsisches Gesetz über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (Niedersächsisches Volksabstimmungsgesetz – NVAbstG) v. 23. 6. 1994, geändert durch Gesetz v. 15. 7. 1999, März Ord.-Nr. 102A
Ns Vf	Niedersächsische Verfassung v. 19. 5. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21. 11. 1997, März Ord.-Nr. 100A, Pestalozza Ord.-Nr. 9
NW	Nordrhein-Westfalen
NW GO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung v. 14. 7. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 3. 2. 2004, v. Hippel / Rehborn Ord.-Nr. 20
NW KrO	Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung v. 14. 7. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 3. 2. 2004, v. Hippel / Rehborn Ord.-Nr. 30
NW KWG	Gesetz über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen (Kommunalwahlgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung v. 30. 6. 1998, zuletzt geändert durch Gesetz v. 16. 12. 2003, v. Hippel / Rehborn Ord.-Nr. 21
NW SchVG	(Nordrhein-westfälisches) Schulverwaltungsgesetz (SchVG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 18. 1. 1985, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8. 7. 2003, v. Hippel / Rehborn Ord.-Nr. 76

NW Vf	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 18. 6. 1950, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5. 3. 2002, v. Hippel/Rehborn Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 10
NW VGHG	Gesetz über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen (Verfassungsgerichtshofgesetz – VGHG NRW) v. 14. 12. 1989, geändert durch Gesetz v. 25. 9. 2001, v. Hippel/Rehborn Ord.-Nr. 15, Pestalozza Ord.-Nr. 10a
NW VIVBVEG	(Nordrhein-westfälisches) Gesetz über das Verfahren bei Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (VIVBVEG) v. 30. 4. 2002, zuletzt geändert durch Gesetz v. 16. 12. 2003, v. Hippel/Rehborn Ord.-Nr. 14
Ord.-Nr.	Ordnungsnummer
o. T.	ohne Titel
OVGE	Entscheidungen der Obergerverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes
PKV	Paulskirchenverfassung; Verfassung des deutschen Reichs v. 28. 3. 1849, RGBl. v. 28. 4. 1849, S. 101–136, zitiert nach Boldt, Reich und Länder, 1987, S. 391 ff.
PR	Parlamentarischer Rat
RBHG	Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten v. 22. 5. 1910, zuletzt geändert durch Gesetz v. 28. 7. 1993, Sartorius Nr. 210
RP	Rheinland-Pfalz
RP GemO	(Rheinland-pfälzische) Gemeindeordnung (GemO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 31. 1. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22. 12. 2003, Rumetsch/Oster Ord.-Nr. 70
RP LKO	(Rheinland-pfälzische) Landkreisordnung (LKO) in der Fassung v. 31. 1. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22. 12. 2003, Rumetsch/Oster Ord.-Nr. 72
RP LWG	(Rheinland-pfälzisches) Landeswahlgesetz in der Fassung v. 20. 12. 1989, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22. 12. 2003, Rumetsch/Oster Ord.-Nr. 3
RP VerfGHG	(Rheinland-pfälzisches) Landesgesetz über den Verfassungsgerichtshof v. 23. 7. 1949, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22. 12. 2003, Rumetsch/Oster Ord.-Nr. 2, Pestalozza Ord.-Nr. 11a
RP Vf	Verfassung für Rheinland-Pfalz v. 18. 5. 1947, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8. 3. 2000, Rumetsch/Oster Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 11
SA	Sachsen-Anhalt
SA GO	Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (Gemeindeordnung – GO LSA) v. 5. 10. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13. 11. 2003, Beck'sche Textausgabe Sachsen-Anhalt Ord.-Nr. 100
SA KWG	Kommunalwahlgesetz für das Land Sachsen-Anhalt (KWG LSA) in der Fassung der Bekanntmachung v. 27. 2. 2004, Beck'sche Textausgabe Sachsen-Anhalt, Ord.-Nr. 126

SA LKO	Landkreisordnung für das Land Sachsen-Anhalt (Landkreisordnung – LKO LSA) v. 5. 10. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13. 11. 2003, Beck'sche Textausgabe Sachsen-Anhalt Ord.-Nr. 102
SA LVerfGG	(Sachsen-anhaltinisches) Gesetz über das Landesverfassungsgericht (Landesverfassungsgerichtsgesetz – LVerfGG) v. 23. 8. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7. 12. 2001, Beck'sche Textausgabe Sachsen-Anhalt Ord.-Nr. 41, Pestalozza Ord.-Nr. 14a
SA VAbstG	(Sachsen-anhaltinisches) Gesetz über das Verfahren bei Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid (Volksabstimmungsgesetz – VAbstG) v. 9. 8. 1995, geändert durch Gesetz v. 7. 12. 2001, Beck'sche Textausgabe Sachsen-Anhalt Ord.-Nr. 3
SA Vf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt v. 16. 7. 1992, Beck'sche Textausgabe Sachsen-Anhalt Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 14
SH	Schleswig-Holstein
SH GO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (Gemeindeordnung – GO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 28. 2. 2003, Bausenhardt/Guillaume Ord.-Nr. 3112, www.landesregierung-sh.de/landesrecht/2020-3.htm
SH KrO	Kreisordnung für Schleswig-Holstein (Kreisordnung – KrO) v. 28. 2. 2003, Bausenhardt/Guillaume Ord.-Nr. 3113, www.landesregierung-sh.de/landesrecht/2020-4.htm
SH Vf	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein v. 13. 6. 1990, zuletzt geändert durch Gesetz v. 14. 2. 2004, Bausenhardt/Guillaume Ord.-Nr. 2091, Pestalozza Ord.-Nr. 15, www.landesregierung-sh.de/landesrecht/100-1.htm
Sl	Saarland
Sl KSVG	(Saarländisches) Kommunalselbstverwaltungsgesetz – KSVG – in der Fassung der Bekanntmachung v. 27. 6. 1997, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8. 10. 2003, Hümmerich/Kopp Ord.-Nr. 100
Sl LTG	Gesetz über den Landtag des Saarlandes v. 20. 6. 1973, zuletzt geändert durch Gesetz v. 27. 10. 1999, Hümmerich/Kopp Ord.-Nr. 16
Sl VAbstG	(Saarländisches) Gesetz über Volksbegehren und Volksentscheid (Volksabstimmungsgesetz) v. 16. 6. 1982, zuletzt geändert durch G. v. 10. 9. 2003, berichtigt am 3. 11. 2003, Hümmerich/Kopp Ord.-Nr. 14
Sl VerfGHG	(Saarländisches) Gesetz über den Verfassungsgerichtshof (VerfGHG) v. 17. 7. 1958 in der Fassung der Bekanntmachung v. 6. 2. 2001, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7. 11. 2001, Hümmerich/Kopp Ord.-Nr. 25, Pestalozza Ord.-Nr. 12a
Sl Vf	Verfassung des Saarlandes v. 15. 12. 1947, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5. 9. 2001, Hümmerich/Kopp Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 12
sog.	so genannte /r/ s
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Ss	Sachsen
Ss GemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen (SächsGemO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 18. 3. 2003, Beck'sche Textsammlung Sachsen Ord.-Nr. 100

Ss LKrO	Landkreisordnung für den Freistaat Sachsen (SächsLKrO) in der Fassung v. 19. 7. 1993, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. 3. 2003, Beck'sche Textsammlung Sachsen Ord.-Nr. 102
Ss VerfGHG	Gesetz über den Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen (Sächsisches Verfassungsgerichtshofgesetz – SächsVerfGHG) v. 18. 2. 1993, geändert durch Gesetz v. 27. 9. 1995, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 41, Pestalozza Ord.-Nr. 13a
Ss Vf	Verfassung des Freistaates Sachsen v. 27. 5. 1992, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 13
Ss VVVG	(Sächsisches) Gesetz über Volksantrag, Volksbegehren und Volksentscheid (VVVG) v. 19. 10. 1993, zuletzt geändert durch G. v. 28. 6. 2001, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 5
Ss WahlG	Gesetz über die Wahlen zum Sächsischen Landtag (Sächsisches Wahlgesetz – SächsWahlG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 15. 9. 2003, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 25
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SZ	Süddeutsche Zeitung
Th	Thüringen
Th BVVG	Thüringer Gesetz über das Verfahren bei Bürgerantrag, Volksbegehren und Volksentscheid (ThürBVVG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 23. 2. 2004, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 5
Th KO	Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung (Thüringer Kommunalordnung – ThürKO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 28. 1. 2003, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 100
Th KWG	Thüringer Gesetz über die Wahlen in den Landkreisen und Gemeinden (Thüringer Kommunalwahlgesetz – ThürKWG) v. 16. 8. 1993, geändert durch Gesetz v. 25. 3. 1994, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 126
Th LWG	Thüringer Wahlgesetz für den Landtag (Thüringer Landeswahlgesetz – ThürLWG) in der Fassung der Bekanntmachung v. 18. 2. 1999, geändert durch Gesetz v. 4. 12. 2003, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 25
Th VerfGHG	Gesetz über den Thüringer Verfassungsgerichtshof (Thüringer Verfassungsgerichtshofgesetz – ThürVerfGHG) v. 28. 6. 1994, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4. 12. 2003, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 41, Pestalozza Ord.-Nr. 16a
Th Vf	Verfassung des Freistaats Thüringen v. 25. 10. 1993, geändert durch Gesetz v. 24. 11. 2003, Beck'sche Textsammlung Ord.-Nr. 1, Pestalozza Ord.-Nr. 16
USA	Vereinigte Staaten von Amerika (United States of America)
v.	vom, versus

Erster Teil

Einleitung: Gegenstand und Gang der Darstellung

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheits-sphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.“¹ Dieser Satz aus dem bundesverfassungsgerichtlichen Urteil in Sachen Lüth, gerne als Beleg dafür zitiert, dass die Grundrechte primär Eingriffsabwehr garantieren,² unterstreicht auch und noch grundsätzlicher, dass diese Grundrechte den Bürger berechtigen und den Staat binden. Als Teil des Staates ist auch der Gesetzgeber verpflichtet. Gesetzt nun den Fall, dass die Bürger selbst ein Gesetz verabschieden, sind sie dann als (staatlicher) Gesetzgeber grundrechtsgebunden oder als (gesetzgebender) Bürger grundrechts-berechtigt?

Dieses Spannungsfeld, das die Begriffe des gesetzgebenden Bürgers und des bürgerlichen Gesetzgebers beschreiben, liegt im Herzen des Staatsrechts³, in der Schnittmenge seiner beiden Teil-Rechtsgebiete, denn es betrifft sowohl die Grundrechte als auch das Staatsorganisationsrecht. Angesprochen sind Grundlagen des Gemeinwesens, namentlich das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, und Grundfragen des Rechts, etwa die Beziehung von subjektiven Rechten und Kompetenzen. Beide, die Grundlagen wie die Grundfragen, sind abstrakt hinreichend erörtert. Was aussteht, ist eine Anwendung der Erkenntnisse auf die Volksgesetzgebung. Weder Rechtsprechung noch Literatur haben diese Anwendung geleistet. Lediglich eine einsame Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts existiert. Der Beschluss aus dem Jahre 1997, abgedruckt im 96. Band der Entscheidungssammlung, hat diese Abhandlung angeregt.⁴ Das Gericht beschränkt sich dort allerdings weitgehend auf ein Teilproblem, die Grundrechtsberechtigung im Abstimmungskampf, und es liefert nur wenige Argumente. Sie haben mich nicht überzeugt. Daher sucht diese Schrift ein eigenes Ergebnis zu begründen. Sie möchte nicht nur zeigen, dass die Grundrechte im Abstimmungskampf doch gelten, sondern das Problem prinzipiell und umfassend angehen.

¹ BVerfGE 7, 198 (204 f.).

² Vgl. statt aller nur *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 80.

³ Zum Begriff und seiner Abgrenzung zum Verfassungsrecht vgl. *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 17 ff., 21 ff.

⁴ BVerfGE 96, 231=NJW 1998, S. 293.

Dazu gilt es, zunächst das materiell-rechtliche Problem der Grundrechtsgeltung in den Vordergrund zu holen. Das Gericht hat dagegen in der angesprochenen Entscheidung das Prozessrecht herausgestellt, und entsprechend ist die Entscheidung auch rezipiert worden.⁵ Die Richterinnen und Richter haben die Trennung der Verfassungsräume von Bund und Ländern betont und daraus gefolgert, dass Landesverfassungsgerichte Fragen des Landesstaatsorganisationsrechts abschließend entscheiden dürften. Das ist richtig, aber es verfehlt aus meiner Sicht den Kern des Problems. Denn Voraussetzung für die Zuordnung der angesprochenen Fragen zum Landesstaatsorganisationsrecht ist es, dass das Problem keine bundesgrundrechtliche Seite hat, mit anderen Worten: dass sich in dem Verfahren keine grundrechtsberechtigte Person auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen kann. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage, ob die Grundrechte einschlägig sind, behandelt; aus meiner Sicht hätten die einschlägigen Passagen jedoch, wie zu zeigen sein wird, methodisch noch klarer formuliert werden können.⁶

Dieser Abhandlung stellt sich eine doppelte Aufgabe: Zum einen geht es darum, normtextorientierte Kriterien zu entwickeln, anhand deren die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Lösung überprüft werden kann. Zum anderen sollen die entwickelten Kriterien nicht nur auf die dort entschiedene Frage der Grundrechtsgeltung im Abstimmungskampf, sondern auf das gesamte Volksgesetzgebungsverfahren angewandt werden. Darauf aufbauend sind abschließend die Konsequenzen zu ziehen, die sich aus Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung für das Volksgesetzgebungsverfahren- und -prozessrecht ergeben.

Die Schrift gliedert sich in sechs Teile. Dem ersten Teil, der diese Einleitung enthält, folgt eine Einführung in das Recht der Volksgesetzgebung. Volksgesetzgebung meint im Rahmen dieser Schrift das Setzen von abstrakt-generellen Rege-

⁵ Vgl. nur BVerfGE 96, 231 (Leitsätze). *Sachs* vermerkt den Beschluss unter der Überschrift „Überprüfung von Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte durch das Bundesverfassungsgericht“ (JuS 1998, S. 753 (753)), *Odendahl* ordnet ihre Darstellung der Entscheidung dem Verfassungsprozessrecht zu (JA 1998, S. 542 (542), vgl. das „Wichtigste“ auf S. 543 sowie das aus der Entscheidung zu Lernende auf S. 544), und *Jutzi*, NJ 1997, S. 643, stimmt der Entscheidung zu, weil sie die Stellung der Landesverfassungsgerichte stärkt. Ebenso BVerfGE 99, 1 (17); 102, 245 (253); BVerfG-K, NVwZ 1998, S. 387 f. (388); Bay-VerfGH NJW 2000, S. 2809 f. (2810); *Tietje*, AöR 124 (1999), S. 282 (289). Der Rezeptionsfokus resultiert vielleicht daher, dass der erkennende Zweite Senat die Frage, ob die Parteien nach einer Entscheidung des Landesverfassungsgerichts mit der Rüge der Verletzung grundrechtsgleicher Verfahrensrechte (namentlich der Justizgrundrechte aus Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 GG) vor das Bundesverfassungsgericht ziehen können, in BVerfGE 96, 231 (243, vgl. auch Ls. 1) als „bisher offen gelassen“ bezeichnet hat (ebenso die Pressemitteilung des Gerichts, vgl. NVwZ 1998, S. 265). Siehe aber die im Beschluss nicht erwähnte Entscheidung des Ersten Senats in BVerfGE 82, 286 (296 f.), und *Tietje*, AöR 124 (1999), S. 282 (289 Fn. 43). Die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts wiederholen *Sachs*, JuS 1998, S. 753 (754), *Lang*, DÖV 1999, S. 712 (713 Fn. 15, 18), *Dieltien*, in: Festschrift VerfGH NW, S. 203 (220 f.), und *Stern*, in: Festschrift Schiedermaier, S. 143 (158).

⁶ Zu „Methodenklarheit“ und „Methodenehrlichkeit“ als dem „grundsätzliche[n] Anliegen“ rechtswissenschaftlichen Arbeitens vgl. *Pieroth*, VVDStRL 51 (1992), S. 166.

lungen unmittelbar durch das Volk (einschließlich des Verfahrens, das diese Rechtsetzung erst ermöglicht).⁷ Anschließend legt der dritte Teil die Grundlagen der Differenzierung zwischen Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung. Er erörtert die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, wie sie geschichtlich geworden ist und im geltenden Recht ihren Ausdruck findet, samt den Fortschreibungen durch die Unterscheidungen von öffentlichem und privatem Recht, von subjektivem Recht und Kompetenz.

Im vierten Teil schlägt das Herz dieser Abhandlung. Sein erstes Kapitel reflektiert methodische Überlegungen. Dabei wird insbesondere der bereits erwähnte Beschluss des Bundesverfassungsgerichts wiedergegeben und kritisch gewürdigt. Das zweite Kapitel scheidet die verschiedenen Rechtsverhältnisse, die im Volksgesetzgebungsverfahren entstehen, nach Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung des Volksgesetzgebers. Schließlich soll der Rechtsvergleich mit den USA die Kritik am Funktionsargument des Bundesverfassungsgerichts stützen und außerdem belegen, dass die statt dessen vorgeschlagene Lösung auch insoweit praktikabel ist, wie sie von der bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption abweicht.

Der fünfte Teil zieht die Konsequenzen, die sich aus dem dargestellten Lösungsvorschlag ergeben. Dabei gilt das Augenmerk zunächst dem Verfahrensrecht der Volksgesetzgebung, namentlich den Abstimmungsgrundsätzen und den Kontrollbefugnissen der beteiligten Behörden. Dann ist, soweit Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung dafür eine Rolle spielen, das Prozessrecht der Volksgesetzgebung zu erörtern. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse im sechsten Teil beschließt diese Abhandlung.

⁷ Zum Begriff „abstrakt-generell“ und den Definitionen von abstrakt (auf eine unbestimmte Zahl von Fällen bezogen) und generell (auf eine unbestimmte Zahl von Personen bezogen) vgl. *Maurer*; Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 14 ff., und *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Einführung, S. 40 (87).

Zweiter Teil

Volksgesetzgebung: Rechtsquellen und Verfahren

Erstes Kapitel

Rechtsquellen der Volksgesetzgebung

Das Recht der Volksgesetzgebung sieht übereinstimmend vor, dass das Volksgesetzgebungsverfahren¹ mindestens zwei Stufen umfasst: das Begehren und den Entscheid. Der Entscheid ist die Abstimmung über ein Volksgesetz. Das Begehren trägt seinen Namen, weil mit ihm ebendieser Entscheid begehrt wird. Ist die abstrakt-generelle Regelung, um die es geht, ein Landesgesetz, heißen die beiden Stufen Volksbegehren und Volksentscheid. Zielen die Bürger dagegen auf kommunale Satzungsgebung, finden die Begriffe Bürgerbegehren und Bürgerentscheid Verwendung.²

Auf Landesebene ist Volksgesetzgebung in allen sechzehn Ländern möglich. Das Verfahren regelt die Landesverfassung³ in Verbindung mit besonderen Ausführungsgesetzen.⁴ Auf kommunaler Ebene sind Begehren und Entscheide in allen Gemeinden und in den meisten Kreisen zulässig.⁵ Auch diese Rechtsetzung soll

¹ Zum Begriff des Volksgesetzgebungsverfahrens vgl. BVerfGE 13, 54 (87).

² Die Gemeinden sind teilweise auch zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt (Stober, Kommunalrecht, § 18 I 1 (S. 259), § 3 IV 3 (S. 25)), so durch das allgemeine Kommunalrecht in Thüringen (Th KO § 19 Abs. 1 S. 2), vgl. für Niedersachsen Ns GO § 40 Abs. 1 Nr. 4. Die Ermächtigung kann aber auch im besonderen Verwaltungsrecht ausgesprochen werden, vgl. By GO Art. 23 oder, exemplarisch, NW SchVG § 9 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit §§ 2, 3, 10. Diese Darstellung darf die Rechtsverordnungen zugunsten von Satzungen vernachlässigen, ebenso Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), S. 329 (354). Denn es ist ausgeschlossen, eine Rechtsverordnung durch Volksentscheid zu erlassen, vgl. Przygode, Unmittelbare Demokratie, S. 378.

³ BW Vf Art. 59 f.; By Vf Art. 5, 72–75; BI Vf Art. 3 Abs. 1, Art. 62 f.; Bb Vf Art. 2 Abs. 4 S. 1, Art. 75–79; Bm Vf Art. 67 Abs. 1, Art. 69–74; Hb Vf Art. 48, 50; Hs Vf Art. 71, 116 f., 124; MV Vf Art. 55, 59 f.; Ns Vf Art. 42, 48–50; NW Vf Art. 3 Abs. 1, Art. 68 f.; RP Vf Art. 107–109; SI Vf Art. 99 f.; Ss Vf Art. 70–74; SA Vf Art. 77, 81; SH Vf Art. 37, 42; Th Vf Art. 81–83. Die Landesverfassungen stellt Pestalozza, Verfassungen, zusammen.

⁴ Überblick bei J. Ipsen, Staatsorganisationsrecht, 14. Aufl. 2002, Rn. 133 (S. 44 ff.).

⁵ BW GemO § 21; By GO Art. 18a; LKrO Art. 12a; Bb GO § 20; LKrO § 18; Hs HGO § 8b; MV KV § 20 (auch via § 102 Abs. 2); Ns NGO § 22b; NLO § 17b; NW GO § 26; KrO

hier als Volksgesetzgebung bezeichnet werden. Zum einen sind Satzungen Gesetze im materiellen Sinn.⁶ Zum anderen agiert das Volk, und zwar als „Teilvolk“⁷ des Landesvolks, weil Gemeinde und Kreise keinen Staat darstellen und die dort zusammengeschlossenen Bürger daher auch kein Staatsvolk abgeben. Dem entspricht es, dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG den Ausdruck „Volk“ auch auf die Bevölkerung in Kreisen und Gemeinden bezieht.

Auf Bundesebene ist Volksgesetzgebung derzeit nicht möglich. Nachdem die Bestrebungen, das Grundgesetz zu ändern, erfolglos geblieben sind,⁸ genügt es im Rahmen dieser Abhandlung, zwei Konstellationen anzusprechen. Zum einen

§ 23; *RP* GemO § 17a; *LKO* § 11e; *Sl* KSVG § 21a (auch via § 153a Abs. 2); *Ss* GemO §§ 24 f.; *LKR*O §§ 21 f.; *SA* GO §§ 25 f.; *LKO* §§ 18 f.; *SH* GO § 16g, *KrO* § 16f; *Th* KO § 17. Die Kommunalverfassungen stellt *Schmidt-Eichstaedt*, Gemeindeordnungen und Kreisordnungen, zusammen.

Baden-Württemberg, Hessen und Thüringen sehen Bürgerbegehren und Bürgerentscheide nur in den Gemeinden, nicht aber in den Kreisen vor. Die Stadtstaaten Berlin und Hamburg unterscheiden nicht zwischen staatlicher und gemeindlicher Aufgabenträgerschaft (*Bl* Vf Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2; *Hb* Vf Art. 4 Abs. 1; *Schmidt-Aßmann*, in: ders. (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1. Kap., Rn. 2, Fn. 2). Neben dem Volksentscheid existiert also kein Bürgerentscheid. Die Freie Hansestadt Bremen kennt die Gemeinden Stadt Bremen und Stadt Bremerhaven (*Bm* Vf Art. 143). Auf die Verwaltung der Stadtgemeinde Bremen sind die Bestimmungen über den Volksentscheid gemäß *Bm* Vf Art. 148 Abs. 1 S. 2 entsprechend anzuwenden. Die Regelungen auf Ebene der Stadtbezirke, die einige Länder getroffen haben, finden hier keine Berücksichtigung.

⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 263. Außen vor bleibt hier die Volksgesetzgebung durch die Gemeindeversammlung (Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG), weil ihr nur ganz geringe praktische Bedeutung zukommt. Nachdem *Bb* GO § 53 durch Gesetz v. 4. 6. 2003 aufgehoben worden ist, gibt es sie nur noch in Schleswig-Holstein für Kleinstgemeinden von bis zu 70 Einwohnern, *SH* GO § 54 S. 1, vgl. *Schliesky*, Bürgerentscheid und Bürgerbegehren, Rn. 1, 11 vor §§ 16a bis 16g GO.

⁷ *Ehlers*, Jura 1988, S. 337 (337); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 4; vgl. *Jestaedt*, JuS 2005, S. 649 (650) („Gemeindevolk“, „Kreisvolk“). Zur Frage, ob kommunale Vertretungskörperschaften „Volksvertretungen“ im Sinne des Art. 17 GG sind, vgl. OVG Münster, DVBl. 1978, S. 895 (895); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 17 Rn. 6 (dafür) sowie v. *Mutius*, JuS 1978, S. 537 (542 f.) (dagegen). Das BVerwG bezeichnet den Rat als Volksvertretung in NVwZ 2004, S. 621 (621).

⁸ Siehe zum Gesetzgebungsverfahren der 14. Wahlperiode *Jung*, ZfP 2002, S. 267 ff. m. v. N. Neben einem abgelehnten Gesetzentwurf der PDS v. 9. 6. 1999, BT-Drs. 14/1129, existiert aus dieser Zeit ein Entwurf der Regierungskoalitionen aus SPD und Bündnis 90/Die Grünen v. 13. 3. 2002, BT-Drs. 14/8503, samt Änderungsantrag der FDP v. 5. 6. 2002, BT-Drs. 14/9296. Der Gesetzentwurf zur Änderung der Verfassung scheiterte an der Zweidrittelmehrheit des Art. 79 Abs. 2 GG (vgl. zur dritten Beratung BT-Plenarprot. 14/240 v. 7. 6. 2002, S. 24017A-24032B, Beschluss S. 24032B). Auf seiner Basis sollte das Anliegen in der aktuellen 15. Wahlperiode weiter verfolgt werden, vgl. Koalitionsvertrag v. 16. 10. 2002, sub VIII, „Neuer rot-grüner Anlauf für Volksentscheide“, Handelsblatt Nr. 138 v. 22. 7. 2003, S. 4, und *Montag*, ZRP 2003, S. 18 (19). Zum Streit, ob eine Verfassungsänderung notwendig ist, vgl. die Nachweise in Fn. 9 auf S. 134. Neuerdings haben die Koalitionsfraktionen den Plan „zumindest vorläufig“ zurückgestellt, wohl „wegen der ablehnenden Haltung der Unionsfraktion“ („Kein Gesetzentwurf zu Plebisziten“, FAZ Nr. 294 v. 16. 12. 2004, S. 2).

spricht Art. 146 GG aus, dass das deutsche Volk in freier Entscheidung, also per Volksabstimmung,⁹ eine neue Verfassung beschließen mag. Eine Grundrechtsbindung des Volksverfassungsgebers könnte sich dabei, wenn überhaupt, nur nach Maßgabe des Art. 79 Abs. 3 GG ergeben; diese Spezialfrage soll nicht Gegenstand der Abhandlung sein.¹⁰ Gleichfalls außen vor bleiben die Territorialplebiszite,¹¹ mit denen das Grundgesetz das Volk an der Neugliederung des Bundesgebietes beteiligt. Soll ein neues oder ein neu umgrenztes Land gebildet werden, geschieht das gemäß Art. 29 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG durch ein Bundesgesetz, das in den betroffenen Ländern der „Bestätigung durch Volksentscheid“ bedarf. Art. 29 Abs. 4 GG sieht in diesem Zusammenhang außerdem eine „Volksbefragung“ vor. Gleiches gilt für Art. 118 S. 2 GG, auch wenn diese Vorschrift bereits mit Errichtung des Landes Baden-Württemberg im Jahre 1951 obsolet geworden ist.¹² Schließlich fordert Art. 118a GG eine „Beteiligung“ der Wahlberechtigten an der Neugliederung der Länder Berlin und Brandenburg.¹³ Die genannten Vorschriften können hier ausgeklammert werden, weil sie abstrakt-generelle Regelungen, die allein Gegenstand der Abhandlung sind, nicht betreffen.¹⁴

Die folgende Darstellung des Volksgesetzgebungsverfahrens abstrahiert von den einzelnen Landes- und Kommunalverfassungen. Was die Regelungswerke in Ländern und Kommunen regelmäßig vorsehen und welche strukturellen Abweichungen bestehen, ergibt sich aus dem Fließtext; graduelle Abweichungen weisen die Fußnoten nach. So soll zum einen eine umfassende Synopse gelingen, zum andern mag die Abstraktion von den einzelnen Landes- und Kommunalverfassungen einen typischen Fall beschreiben, ein Modell, wie es sich – um mit Art. 6 Abs. 2 EUV zu sprechen – aus „den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ ergibt.¹⁵ Weil die

⁹ Jung, ZParl 1992, S. 48 (48).

¹⁰ Vgl. zur Frage, ob die Vorgaben des Art. 79 GG allgemein auch im Verfahren nach Art. 146 GG gelten, bejahend Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 707; Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, § 166 Rn. 61; Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, Art. 146 Rn. 4 f. m. w. N.; Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, § 183 Rn. 20 ff.; verneinend H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. III, Art. 146 Rn. 50 m. w. N. in Fn. 129; Pestalozza, Jura 1994, S. 561 (566); diff. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 146 Rn. 14 ff. (Stand: September 1991).

¹¹ H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 20 (Demokratie), Rn. 95.

¹² Art. 118 GG hat keine Bedeutung mehr, weil die Neugliederung, nachdem eine Vereinbarung nicht zustande gekommen war, nach Satz 2 der Vorschrift durch Gesetz v. 4. 5. 1951 (BGBl. I 284) erfolgt ist und das Land Baden-Württemberg grundgesetzkonform geschaffen wurde, siehe BVerfGE 1, 14 (40 ff.), vgl. BVerfGE 5, 34 (45), kritisch Wesel, Der Gang nach Karlsruhe, S. 50 ff.

¹³ Zur Neugliederung der Länder Berlin und Brandenburg bleibt Art. 118a GG auch nach dem Scheitern der Volksabstimmung im Jahre 1995 weiterhin anwendbar (Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 118a Rn. 1 m. w. N.).

¹⁴ Überdies handelt nicht das gesamte Staatsvolk (einer Gebietskörperschaft), sondern nur der von der Neugliederung betroffene Bevölkerungsteil. Daher spricht Horst Dreier (in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 95 m. w. N.) auch von „Bevölkerungsentscheiden“ statt von Volksentscheiden.

Frage nach der Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren für die Landes- und Kommunalgesetzgebung einheitlich beantwortet werden soll,¹⁶ war es nicht notwendig, ausdrücklich zwischen dem Landes- und Kommunalrecht der Volksgesetzgebung zu differenzieren. Die Unterschiede erschließen sich jedoch ohne weiteres aufgrund der Nachweise in den Fußnoten.

Zweites Kapitel

Struktur und Reichweite der Volksgesetzgebung

Volksgesetzgebung ist nur innerhalb bestimmter Grenzen möglich. Erstens muss das Volk der Gebietskörperschaft im Rahmen der Verbandskompetenz der Gebietskörperschaft handeln.¹⁷ Zweitens ist es regelmäßig an die Organkompetenz der Vertretung als dem sonst zur Sachentscheidung berufenen Organ gebunden.¹⁸ Drittens muss der Gebietskörperschaft in der zu beschließenden Angelegenheit Autonomie zustehen. Das ist bei der Landesgesetzgebung wegen Art. 30 GG immer, auf kommunaler Ebene dagegen nur bei freiwilligen Aufgaben und bei Selbstverwaltungsangelegenheiten der Fall.¹⁹ Schließlich kommen thematisch-inhaltliche Beschränkungen möglicher Gesetzgebungsgegenstände hinzu. So sind, um ein Beispiel zu geben, bisweilen förmliche Verwaltungsverfahren mit Öffentlichkeits-

¹⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 17. 12. 1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft m. b. H. gegen Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1970, S. 1125 ff., Rn. 4 (S. 1135), sowie *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV, Art. 6 Rn. 22. Der Europäische Gerichtshof gewinnt die gemeinsame Verfassungsüberlieferung allerdings in „wertender Rechtsvergleichung“. Ihm geht es nicht darum, „was die Mehrheit übereinstimmend anordnet“, sondern darum, „was sich bei einer kritischen Analyse ... als die beste Lösung darstellt“, so *Zweigert*, *RabelsZ* 28 (1964), S. 601 (611).

¹⁶ Dazu unten Vierter Teil, Erstes Kapitel, § 2 B.

¹⁷ BVerfGE 8, 104 (118); *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 47; *Oebbecke*, *Verw* 37 (2004), S. 105 (107); *Rozek*, Landesverfassungsgerichte, S. 247 ff., zu verschiedenen Begründungen für dieses Ergebnis.

¹⁸ *Bb* GO § 20 Abs. 3 lit. k=LKrO § 18; *Ns* Vf Art. 48 Abs. 1 S. 1; NGO § 22b Abs. 1=NLO § 17b; *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 1, 3; GO § 26 Abs. 5 Nr. 8; KrO § 23 Abs. 5 Nr. 7; *RP* GemO § 17a Abs. 2 Nr. 1=LKO § 11e; *Sl* Vf Art. 99 Abs. 1 S. 2; KSVG § 21a Abs. 4 Nr. 8 (§ 153a Abs. 2); *SA* GO § 26 Abs. 3 Nr. 1=LKO § 19; *SH* GO § 16g Abs. 2 Nr. 2=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 2 Nr. 2.

¹⁹ Plebiszitäre Sachentscheidung ist unzulässig, sobald die Kommune hinsichtlich der Zweckmäßigkeit Weisungen unterliegt, also bei Auftragsangelegenheiten und bei Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung: *BW* GemO § 21 Abs. 2 Nr. 1; *By* GO Art. 18a Abs. 1=LKrO Art. 12a; *Bb* GO § 20 Abs. 3 lit. a=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 2 Nr. 1; *MV* KV § 20 Abs. 1 S. 1, § 102 Abs. 2 S. 1; *Ns* NGO § 22b Abs. 3 S. 1=NLO § 17b; *Ss* GemO § 24 Abs. 2 S. 2 Nr. 1=LKrO § 22; *SA* GO § 26 Abs. 3 Nr. 1=LKO § 19; *SH* GO § 16g Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 1 S. 1. Vgl. auch *Oebbecke*, *Verw* 37 (2004), S. 105 (115).

beteiligung und auch das Planungsrecht,²⁰ insbesondere das Bauplanungsrecht²¹, der Volksgesetzgebung entzogen.²² Zielt das Volk²³ auf eine Änderung oder Ergänzung der Landesverfassung²⁴, ergibt sich eine weitere Besonderheit.²⁵ Das Gesetz darf – so bestimmen es einige Landesverfassungen ausdrücklich – nicht im Widerspruch zu wenigen, besonders wertvollen Grundgedanken stehen.²⁶

²⁰ *Planfeststellung, förmliches Verwaltungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung*: *Bd GO* § 20 Abs. 3 lit. j=LKRÖ § 18; *MV KV* § 20 Abs. 2 Nr. 4 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns NGO* § 22b Abs. 3 S. 2 Nr. 5=NLO § 17b; *NW GO* § 26 Abs. 5 Nr. 5=KRO § 23; *RP GemO* § 17a Abs. 2 Nr. 7; *LKO* § 11e Abs. 2 Nr. 6; *Sl KSVG* § 21a Abs. 4 Nr. 5 (§ 153a Abs. 2). *Zulassungsverfahren, diverse*: *MV KV* § 20 Abs. 2 Nr. 4 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns NGO* § 22b Abs. 3 S. 2 Nr. 5=NLO § 17b.

²¹ *Bauleitpläne*: *Bd GO* § 20 Abs. 3 lit. j; *Hb Vf Art.* 50 Abs. 1 S. 2; *MV KV* § 20 Abs. 2 Nr. 4 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns NGO* § 22b Abs. 3 S. 2 Nr. 6; *NW GO* § 26 Abs. 5 Nr. 6; *RP GemO* § 17a Abs. 2 Nr. 6; *Sl KSVG* § 21a Abs. 4 Nr. 6; *SH GO* § 16g Abs. 2 Nr. 6. *Einzelvorhaben*: *Hb Vf Art.* 50 Abs. 1 S. 2. *Entscheidungen nach § 36 BauGB* schließt *MV KV* § 20 Abs. 2 Nr. 4 (§ 102 Abs. 2 S. 2) aus.

²² Vgl. die Darstellungen möglicher Gesetzgebungsgegenstände bei *Hartmann*, DVBl. 2001, S. 776 (778 ff.), und *Oebbecke*, Verw 37 (2004), S. 105 (106 f.).

²³ *BW Vf Art.* 64 Abs. 3 S. 2, Art. 60 Abs. 1; *By Vf Art.* 75 Abs. 2 S. 2; *SH Vf Art.* 40 Abs. 2, Art. 42 Abs. 4 S. 2, 3; vgl. unten Fn. 57. Gemäß *Hs Vf Art.* 123 Abs. 2 muss kumulativ der Landtag agieren.

²⁴ Verfassungsänderungen müssen Verfassungstextänderungen sein gemäß *BW Vf Art.* 64 Abs. 1 S. 1; *By Vf Art.* 75 Abs. 1 S. 1; *Bb Vf Art.* 79 Abs. 1; *Bm Vf Art.* 125 Abs. 1; *Hb Vf Art.* 51 Abs. 1; *Hs Vf Art.* 123 Abs. 1; *Ns Vf Art.* 46 Abs. 1; *NW Vf Art.* 68 Abs. 1 S. 1; *RP Vf Art.* 129 Abs. 1; *Ss Vf Art.* 74 Abs. 1 S. 1; *SH Vf Art.* 40 Abs. 1; *Th Vf Art.* 83 Abs. 1. Zu Art. 79 Abs. 3 GG vgl. *Vismann*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 79 Rn. 7, 28 (Stand: August 2002); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 79 Rn. 3.

²⁵ Plebiszitäre Landesverfassungsgesetzgebung ist meistens möglich und manchmal obligatorisch. *Volksentscheid obligatorisch*: *By Vf Art.* 75 Abs. 2 S. 2; *Bl Vf Art.* 100 S. 2 (bei Änderung der Vorschriften über Volksbegehren und Volksentscheid); *Hs Vf Art.* 123 Abs. 2. *Volksentscheid alternativ*: *BW Vf Art.* 64 Abs. 3 S. 1; *Bb Vf Art.* 79 S. 2 Alt. 2; *Bm Vf Art.* 125 Abs. 3; *Hb Vf Art.* 51 Abs. 2 S. 1; *MV Vf Art.* 56 Abs. 2; *Ns Vf Art.* 46 Abs. 3 S. 1; *NW Vf Art.* 69 Abs. 2, Abs. 3 S. 2; *Ss Vf Art.* 74 Abs. 3; *SA Vf Art.* 78, 81 Abs. 5; *SH Vf Art.* 40 Abs. 2; *Th Vf Art.* 83 Abs. 2 S. 2. *Keine Volksgesetzgebung*: *Bl Vf Art.* 62 Abs. 5 Var. 1 (kein Begehren, vgl. aber *Bl Vf Art.* 100 S. 2); *Sl Vf Art.* 100 Abs. 4. In Nordrhein-Westfalen lässt sich darüber streiten, ob eine Änderung der Landesverfassung auch durch Volksbegehren angestoßen werden kann; dafür ist *Degenhart*, Verfassungsänderung, in: Neumann/v. Raumer, Volksgesetzgebung, S. 57 ff. Vgl. auch *Przygode*, Unmittelbare Demokratie, S. 382.

²⁶ *BW Vf Art.* 64 Abs. 1 S. 2: Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats; *By Vf Art.* 75 Abs. 1 S. 2: demokratischer Grundgedanke; *Bm Vf Art.* 20 Abs. 1, 3: Grundgedanke der allgemeinen Menschenrechte des Ersten Hauptteils sowie *Bm Vf Art.* 1 und 20; *Ns Vf Art.* 46 Abs. 2: Grundsätze der *Ns Vf Art.* 1 Abs. 2 S. 2; *RP Vf Art.* 129 Abs. 2: Grundsätze der *RP Vf Art.* 1 und 74 sowie Vorspruch; *Ss Vf Art.* 74 Abs. 1 S. 2: Grundsätze der *Ss Vf Art.* 1, 3, 14, 36; *SH Vf Art.* 41 Abs. 1 S. 2 Hs. 2: Grundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaats; *Th Vf Art.* 83 Abs. 3: Grundsätze der *Th Vf Art.* 1, Art. 44 Abs. 1, Art. 45 und 47 Abs. 4.

Alle Regelungen der Volksgesetzgebung haben gemein, was die zu regelnde Materie sachnotwendig vorgibt. Einen Beschluss zu fassen ist erst möglich, nachdem das Zu-Beschließende als Entwurf fixiert wurde. Um die Entscheidungsträger nicht zu oft zu behelligen, ist ferner zu gewährleisten, dass dem Entwurf hinreichende Bedeutung zukommt. Weil die Entscheidung über die Bedeutung eines Entwurfs selbst eine politische ist, müssen es formale Kriterien sein, aus denen die Bedeutung abgeleitet wird. Es kommt also darauf an, dass ein hinreichend großer Teil des Volkes den Entwurf unterstützt. Ob diese Unterstützung vorhanden ist, kann nicht erst bei der Abstimmung überprüft werden. Denn steht ein Entwurf erst zur Abstimmung, hat sich jede abstimmungsberechtigte Person für Zustimmung oder Ablehnung zu entscheiden. Um Entlastung zu erreichen, muss die Unterstützung also schon vor der Abstimmung festgestellt werden. Daraus folgt, dass der plebiszitären Gesetzgebung praktisch fünf Stufen vorgegeben sind: Auf der ersten Stufe gewinnt ein politisches Ziel Gestalt samt der Entscheidung, dieses Ziel im plebiszitären Verfahren zu verfolgen (Zielfindung). Zweitens wird der Beschlussentwurf gefertigt (Formulierung) und drittens mit hinreichender Unterstützung eingebracht (Begehren). Die vierte Stufe enthält die Abstimmung über den Entwurf (Entscheid). Schließlich bedarf ein Gesetz fünftens der Ausfertigung und Verkündung.²⁷

Drittes Kapitel

Verfahren der Volksgesetzgebung

Getrennt nach den genannten fünf Stufen sind die Bauformen²⁸ plebiszitärer Sachentscheidung darzustellen. Die politische Zielfindung ist allerdings nicht eigens geregelt, und Ausfertigung und Verkündung unterscheiden sich im plebiszitären nicht vom repräsentativen Verfahren. Daher bleibt einzugehen auf die Formulierung, das Begehren und den Entscheid.

Formulierung meint die Fertigung des Beschlussentwurfs. Sie geht dem Begehren notwendig voran. Die Ausarbeitung des Gesetzentwurfs wird bisweilen ausdrücklich gefordert.²⁹ Im Laufe des Verfahrens ist der Entwurf regelmäßig samt Gründen zu veröffentlichen.³⁰

²⁷ *Schliesky* unterteilt den Entscheidungsvorgang dementsprechend in (nicht öffentliche) Meinungsbildung und (organschaftliche) Willensbildung, innerhalb der er weiter zwischen Beratungs- und Entscheidungsphase unterscheidet, siehe *Schliesky*, Bürgerentscheid und Bürgerbegehren, Rn. 7 ff. vor §§ 16a ff. GO, ähnlich *ders.*, Der Landkreis 2004, S. 422 (425 ff.). Vgl. auch VGH München, BayVBl 2004, S. 749 (750), wo zwischen Initiativ- und Entscheidungsphase unterschieden wird.

²⁸ Metapher bei *Lämmert*, Bauformen des Erzählens, oder bei *Schmidt-Aßmann*, JZ 1989, S. 205 (210).

Begehren ist die Einbringung des Entwurfs mittels Unterstützung durch einen hinreichend großen Teil des Volkes. Unterstützung wird durch die Eintragung in Listen gewährt und dokumentiert. Das Begehren beginnt mit einem Antrag. Er muss der Schriftform³¹ genügen, eine Begründung des Gesetzesentwurfs³² sowie zumeist einen Kostendeckungsvorschlag³³ enthalten und in Form einer Frage³⁴ formuliert sein, die mit Ja oder Nein³⁵ beantwortet werden kann. Regelmäßig müssen bis zu drei Vertreter der Unterzeichnenden benannt werden.³⁶ Eine Antragsfrist greift nur, wenn gegen einen Beschluss der Vertretung „aufbegehrt“ wird. Sie beginnt mit dem Sitzungstag³⁷, der Bekanntgabe des Beschlusses³⁸ oder seiner Durchführung³⁹ und dauert im Median⁴⁰ sechs Wochen⁴¹.

²⁹ *BW* Vf Art. 59 Abs. 2 S. 1; *By* Vf Art. 74 Abs. 2; *BI* Vf Art. 62 Abs. 1 S. 3; *Bm* Vf Art. 71; *Hs* Vf Art. 124 Abs. 1 S. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 2; *Ns* Vf Art. 48 Abs. 1 S. 2; *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 2; *RP* Vf Art. 109 Abs. 2 S. 2; *SI* Vf Art. 99 Abs. 2 S. 1; *Th* Vf Art. 82 Abs. 1. Die Formulierung geht zurück auf Art. 73 Abs. 3 S. 2 WRV.

³⁰ Vgl. nur *Bb* Vf Art. 78 Abs. 1 S. 3; *Ss* VVVG § 17; *SH* Vf Art. 42 Abs. 3 S. 1; *Th* BVVG § 13 Abs. 1 S. 1.

³¹ *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 3; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 2=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 1 Hs. 1; *MV* KV § 20 Abs. 5 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* NGO § 22b Abs. 4 S. 2=NLO § 17b; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 1 Hs. 1=LKO § 11e; *SI* KSVG § 21a Abs. 2 S. 1 Hs. 1 (§ 153a Abs. 2); *SA* GO § 25 Abs. 2 S. 1=LKO § 18; *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 4=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 1.

³² *BW* Vf Art. 59 Abs. 2 S. 1; GemO § 21 Abs. 3 S. 4; *By* Vf Art. 74 Abs. 2; GO Art. 18a Abs. 4 S. 1=LKrO Art. 12a; *BI* VInG § 14 S. 2; *Bb* Vf Art. 78 Abs. 1 S. 3; GO § 20 Abs. 1 S. 4=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 2; KV § 20 Abs. 5 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* Vf Art. 48 Abs. 1 S. 2; NGO § 22b Abs. 4 S. 2=NLO § 17b; *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 2; GO § 26 Abs. 2 S. 1=KrO § 23; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 2=LKO § 11e; *SI* Vf Art. 99 Abs. 2 S. 1; KSVG § 21a Abs. 2 S. 2 (§ 153a Abs. 2); *Ss* Vf Art. 71 Abs. 1 S. 3; GemO § 25 Abs. 2 S. 1=LKrO § 21; *SA* Vf Art. 81 Abs. 1 S. 2; GO § 25 Abs. 2 S. 4=LKO § 18; *SH* Vf Art. 41 Abs. 1 S. 2 Hs. 1; GO § 16g Abs. 3 S. 4=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 3.

³³ *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 4; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 4=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 2; *MV* KV § 20 Abs. 5 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* NGO § 22b Abs. 4 S. 2=NLO § 17b; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 2=LKO § 11e; *SI* KSVG § 21a Abs. 2 S. 2 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 2 S. 2=LKrO § 21; *SA* GO § 25 Abs. 2 S. 4=LKO § 18; *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 4=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 3.

³⁴ *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 4; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 4=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 2; *MV* KV § 20 Abs. 5 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 4=KrO § 16f.

³⁵ *By* GO Art. 18a Abs. 4 S. 1=LKrO Art. 12a; *Bb* GO § 20 Abs. 4 S. 1=LKrO § 18; *Ns* NGO § 22b Abs. 4 S. 1=NLO § 17b; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 2=LKO § 11e; *SI* KSVG § 21a Abs. 2 S. 2 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 2 S. 1=LKrO § 21; *SA* GO § 25 Abs. 2 S. 3=LKO § 18; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 4.

³⁶ *By* GO Art. 18a Abs. 4 S. 1=LKrO Art. 12a; *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 2; *Ns* NGO § 22b Abs. 4 S. 3=NLO § 17b; *NW* GO § 26 Abs. 2 S. 2=KrO § 23; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 2=LKO § 11e; *SI* KSVG § 21a Abs. 2 S. 2 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 2 S. 1=LKrO § 21; *SA* GO § 25 Abs. 2 S. 2=LKO § 18; *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 5=KrO § 16f; vgl. *SH* Vf Art. 42 Abs. 1 S. 1.

³⁷ *NW* GO § 26 Abs. 3 S. 2=KrO § 23, sofern der Beschluss keiner Bekanntmachung bedarf.

Manchmal ist schon die Durchführung des Begehrens mit Aufwand für die öffentliche Hand verbunden. So sind etwa die Unterstützungslisten (ausschließlich oder neben der freien Unterschriftensammlung) eine gewisse Zeit in öffentlichen Gebäuden auszulegen.⁴² In diesen Fällen muss regelmäßig eine gewisse Zahl von Stimmberechtigten⁴³, im Median 10.000⁴⁴, den Antrag auf Durchführung des Begehrens stellen. Der Antrag wird dann in einem eigenen Zulassungsverfahren⁴⁵ von der Zulassungsbehörde⁴⁶ beschieden.⁴⁷

³⁸ *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 3; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 3=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 1 Hs. 2; *NW* GO § 26 Abs. 3 S. 1=KrO § 23; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 2 (§ 102 Abs. 2 S. 2) (sofern Beschluss durchgeführt); *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 2.

³⁹ Vgl. *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 2 (§ 102 Abs. 2 S. 2).

⁴⁰ Der Median, auch Zentralwert, ist der Mittelwert der Lage in einer nach Größe geordneten Menge, also das Element in der Mitte der Reihe. Bei diesem Verfahren fallen im Gegensatz zum Durchschnitt, dem arithmetischen Mittelwert, „Ausreißer“ nicht so stark ins Gewicht, und das Ergebnis ist meist ein Wert, der in der Menge der Daten vorkommt. Beispiel: Die Studiendauer dreier Probanden sei 6, 8 und 16 Semester. Sie studieren dann im Durchschnitt 10 Semester und im Median 8. Liegt in der Mitte der geordneten Menge nicht genau ein Wert, weil die Anzahl der Elemente gerade ist, wird als Median der Durchschnitt der beiden Werte in der Mitte verwandt.

⁴¹ *Vier Wochen*: *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 3; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 2. *Sechs Wochen*: *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 3=LKrO § 18; *NW* GO § 26 Abs. 3 S. 1=KrO § 23; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 2 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 1 Hs. 2. *Drei Monate*: *NW* GO § 26 Abs. 3 S. 2=KrO § 23, falls der Beschluss keiner Bekanntgabe bedarf.

⁴² *BW* VABstG § 30 Abs. 2; *By* LWG Art. 68; *Bb* VAG § 15 Abs. 3; *Hs* GVBVE § 7 Abs. 2; *MV* VaG § 12; *NW* VIVBVEG § 6; *RP* LWG § 67 Abs. 2, 3; *Sl* VABstG § 6 Abs. 2.

⁴³ *Hb* Vf Art. 50 S. 3; *Ss* Vf Art. 71 Abs. 1 S. 1; *SH* Vf Art. 41. Großzügiger *Bb* Vf Art. 76 Abs. 1 S. 1: Einwohner, also gemäß *Bb* Vf Art. 3 Abs. 1 S. 2 alle Personen mit ständigem Wohnsitz im Land Brandenburg.

⁴⁴ *3.000*: *NW* VIVBVEG § 2 Abs. 2 Nr. 2; *5.000*: *Bm* GVfVe § 10 Abs. 2 Nr. 2; *Sl* Vf Art. 99 Abs. 2 S. 2, VABstG § 2 Abs. 2 Nr. 2; *Th* Vf Art. 82 Abs. 3 S. 1; *BVVG* § 10 Abs. 1 S. 1. *10.000*: *BW* VABstG § 25 Abs. 4; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 1 S. 3; *SA* VABstG § 10 Abs. 2 Nr. 2. *15.000*: *MV* VaG § 7 S. 2 Nr. 2. *20.000*: *Bb* Vf Art. 76 Abs. 1 S. 3; *RP* LWG § 63 Abs. 2 Nr. 3; *SH* Vf Art. 41 Abs. 1 S. 3. *25.000*: *By* LWG Art. 64 Abs. 1 S. 3. *40.000*: *Ss* Vf Art. 71 Abs. 1 S. 2. Abweichend davon bestimmt *Hs* GVBVE § 2 Abs. 2 lit. b die Schwelle relativ, mit 3% der bei der letzten Landtagswahl Stimmberechtigten.

⁴⁵ *BW* VABstG §§ 25 ff.; *By* LWG Art. 64 ff.; *Bl* VInG §§ 4 ff.; *Bm* GVfVe § 10; *Hs* GVBVE §§ 2 ff.; *MV* VaG §§ 13 ff.; *RP* LWG §§ 62 ff.; *Sl* VABstG §§ 2 ff.; *SA* VABstG §§ 10 ff.; *Th* BVVG §§ 10 ff.

⁴⁶ *Innenministerium*: *BW* VABstG § 25 Abs. 1 S. 1; *By* LWG Art. 64 Abs. 1 S. 1; *NW* VIVBVEG § 2 Abs. 1; *Sl* VABstG § 2 Abs. 1. *Landesregierung*: *RP* LWG § 64 Abs. 1 S. 1; *Hs* GVBVE § 3 Abs. 1; *Ns* VABstG § 19 Abs. 2; *SA* VABstG § 11 Abs. 1 S. 1. *Landeswahlleiter*: *Bm* GVfVe § 10 Abs. 1; *MV* VaG § 14 Abs. 2. *Landtagspräsident*: *Ss* VVVG § 10; *Th* BVVG § 11 Abs. 1 S. 1. *Präsident des Abgeordnetenhauses*: *Bl* VInG § 7 Abs. 1 S. 1. *Senat*: *Hb* GVBVE § 5 Abs. 2.

⁴⁷ Vgl. im Übrigen zum Zulassungsverfahren *Jürgens*, Direkte Demokratie, S. 97 ff. Der qualifizierte Antrag wird bisweilen als eigene Stufe im Verfahren ausgestaltet. Rechtsfolge eines erfolgreichen Antrags ist, dass die Vertretung sich mit der Angelegenheit befassen muss. Diese sog. *Initiative* kennen bereits *Bb* Vf Art. 76 Abs. 1 S. 1; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 1;

Die für den Erfolg des Begehrens erforderliche Unterstützung wird durch die Eintragung in eine Liste gewährt. Jede Liste muss den vollen Wortlaut des Antrags⁴⁸ und jede Eintragung die Unterschrift⁴⁹ der unterstützenden Person enthalten sowie Vornamen, Namen, Geburtsdatum und Anschrift zweifelsfrei erkennen lassen.⁵⁰ Das soll die Prüfung ermöglichen, ob die unterstützende Person unterstützungsberechtigt ist.

Eine Frist zur Sammlung der Eintragungen ist selten⁵¹ generell angeordnet, sondern meistens⁵² nur für den Fall, dass sich das Begehren gegen einen Beschluss der Vertretung richtet. Die Unterstützungsfrist beginnt mit der Anzeige des Begehrens⁵³, der Beschlussfassung durch die Vertretung⁵⁴ oder der Bekanntgabe des Beschlusses⁵⁵ und dauert im Median zwei Monate⁵⁶.

Unterstützungsberechtigt sind in der Regel die Mitglieder der Gebietskörperschaft, also das Volk⁵⁷ bzw. die Bürger⁵⁸ (also die Einwohner mit Stimmrecht⁵⁹).

MV Vf Art. 59; *Ns* Vf Art. 47; *NW* Vf Art. 67a; *SA* Vf Art. 80; *SH* Vf Art. 41. Vgl. auch den Antrag gemäß *BW* GemO § 20b; *By* GO Art. 18b; *LKRÖ* Art. 12b; *Bb* GO § 19; *LKRÖ* § 17; *MV* KV § 18 (§ 101 Abs. 2); *Ns* NGO § 22a; *NLO* § 17a; *NW* GO § 25; *KrO* § 22; *RP* GemO § 17; *LKO* § 11d; *Sl* KSVG § 21 (§ 153a Abs. 1); *Ss* Vf Art. 71 Abs. 1 S. 1; *GemO* § 23; *LKRÖ* § 20; *SA* GO § 24; *LKO* § 17; *SH* GO § 16f; *KrO* § 16e; *Th* KO § 16.

⁴⁸ Vgl. nur *NW* GO § 26 Abs. 4 S. 3, § 25 Abs. 4 S. 1=KRO §§ 23, 22; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 5=LKO § 11e.

⁴⁹ Vgl. nur *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 3=LKO § 11e.

⁵⁰ Vgl. nur *NW* GO § 26 Abs. 4 S. 3, § 25 Abs. 4 S. 2=KRO §§ 23, 22; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 6=LKO § 11e.

⁵¹ *Bl* Vf 62 Abs. 4; *Bb* Vf Art. 77 Abs. 3 S. 1; *Ns* NGO § 22b Abs. 5 S. 2=NLO § 17b; *Th* BVVG § 17 Abs. 1.

⁵² *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 1 Hs. 2=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21a Abs. 2 S. 1 Hs. 2 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 2 S. 3=LKRÖ § 21; *SA* GO § 25 Abs. 2 S. 5=LKO § 18; *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 3=KRO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 2.

⁵³ *Ns* NGO § 22b Abs. 5 S. 2=NLO § 17b.

⁵⁴ *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 1 Hs. 2=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21a Abs. 2 S. 1 Hs. 2 (§ 153a Abs. 2).

⁵⁵ *Ns* NGO § 22b Abs. 5 S. 3=NLO § 17b; *Ss* GemO § 25 Abs. 2 S. 3=LKRÖ § 21; *SA* GO § 25 Abs. 2 S. 5=LKO § 18; *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 3=KRO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 2.

⁵⁶ *Vier Wochen*: *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 2. *Sechs Wochen*: *SA* GO § 25 Abs. 2 S. 5=LKO § 18; *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 3=LKRÖ § 16f. *Zwei Monate*: *Bl* Vf Art. 62 Abs. 4; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 1 Hs. 2=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21a Abs. 2 S. 1 Hs. 2 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 2 S. 3=LKRÖ § 21; *Th* Vf Art. 82 Abs. 5 S. 2 (bei amtlich ausgelegten Unterschriftsbögen). *Drei Monate*: *Ns* NGO § 22b Abs. 5 S. 3=NLO § 17b. *Vier Monate*: *Bb* Vf Art. 77 Abs. 3 S. 1; *Th* Vf Art. 82 Abs. 5 S. 2 (bei freier Sammlung). *Sechs Monate*: *Ns* NGO § 22b Abs. 5 S. 2=NLO § 17b.

⁵⁷ *BW* Vf Art. 59 Abs. 1; *By* Vf Art. 5 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1, 2, Art. 71, Art. 72 Abs. 1; *Bm* Vf Art. 66 Abs. 1, Abs. 2 lit. a; Art. 67 Abs. 1; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 1 S. 1; *Hs* Vf Art. 71; *MV* Vf Art. 3 Abs. 1, Art. 55 Abs. 1 S. 1; *Ns* Vf Art. 2 Abs. 1 S. 2; *NW* Vf Art. 2, Art. 3 Abs. 1; *RP* Vf Art. 74 Abs. 2, Art. 75 Abs. 1; *Ss* Vf Art. 3 Abs. 2 S. 1; *SA* Vf Art. 77 Abs. 2; *SH* Vf Art. 2 Abs. 2 S. 1; *Th* Vf Art. 81 Abs. 2, Art. 45 S. 2, Art. 47 Abs. 1. Vgl. *Bl* Vf Art. 2 S. 1, 2, Art. 3 Abs. 1 S. 1.

Die Voraussetzungen des Stimmrechts sind dieselben wie für das Wahlrecht.⁶⁰ Überall ist ein Mindestalter vorgesehen, meist 18 Jahre⁶¹, manchmal auch nur 16 Jahre⁶². Die Landesverfassungen berechtigen in aller Regel nur deutsche Staatsangehörige,⁶³ die Kommunalverfassungen immer auch Unionsbürger⁶⁴. Damit

⁵⁸ *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 1 und 5, § 14 Abs. 1, § 12 Abs. 1; *By* Vf Art. 7 Abs. 2, Art. 12 Abs. 3 S. 1; *GO* Art. 18a Abs. 5 S. 1, Art. 15 Abs. 2=LKrO Art. 12a, 11; *Bb* Vf Art. 77 Abs. 3, Art. 78 Abs. 2, Art. 22 Abs. 2 S. 1; *GO* § 20 Abs. 1 S. 1 und 5, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12; *Hs* HGO § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2; *MV* KV § 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; § 102 Abs. 2, § 98 Abs. 2; *Ns* NGO § 22b Abs. 1, § 21 Abs. 2=NLO §§ 17b, 17; *NW* GO § 26 Abs. 1, Abs. 4 S. 1=KrO § 23; *RP* Vf Art. 75 Abs. 1; *GemO* § 17a Abs. 1 S. 1=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21a Abs. 1, § 153a Abs. 2; *Ss* GemO § 25 Abs. 1 S. 1, § 24 Abs. 1=LKrO §§ 21, 22; *SA* GO § 25 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, § 26 Abs. 1=LKO §§ 18 f.; *SH* GO § 16g Abs. 3 S. 1=KrO § 16f; *Th* Vf Art. 46 Abs. 2; *KO* § 17 Abs. 1 S. 1, Abs. 7 S. 1.

⁵⁹ *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 1, *KWG* § 41 Abs. 1; *Bb* Vf Art. 77 Abs. 3 S. 1; *Bm* Vf Art. 69 Abs. 1; *Hs* HGO § 8 Abs. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 3; *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 7; *GO* § 21 Abs. 2; *RP* Vf Art. 109 Abs. 3; *GemO* § 13 Abs. 2 S. 1; *Sl* Vf Art. 99 Abs. 2 S. 2; *Ss* Vf Art. 72 Abs. 2 S. 1; *GemO* § 25 Abs. 1 S. 1, § 16 Abs. 1 S. 2=LKrO §§ 21, 14; *SA* Vf Art. 81 Abs. 1 S. 4; *Schliesky*, *Der Landkreis* 2004, S. 422 (425).

⁶⁰ *BW* Vf Art. 59 Abs. 2 S. 2; *By* GO Art. 18a Abs. 5 S. 1, Art. 15 Abs. 2=LKrO Art. 12a, 11; *Bl* Vf Art. 62 Abs. 4, Art. 63 Abs. 2; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12; *Bm* Vf Art. 66 Abs. 2 lit. a, Art. 69 Abs. 1; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 2 S. 3; *Hs* HGO § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 3, Abs. 4 S. 1; *KV* § 20 Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; § 102 Abs. 2 S. 1, § 98 Abs. 2; *Ns* Vf Art. 48 Abs. 3 S. 1, Art. 49 Abs. 2 S. 1; *NGO* § 22b Abs. 1, § 21 Abs. 2; *NLO* § 17b Abs. 1; *NW* Vf Art. 68 Abs. 5 S. 1, Art. 31 Abs. 2 S. 1; *GO* § 21 Abs. 2 (via *GO* § 26 Abs. 1 oder via *KrO* § 23 Abs. 1); *RP* Vf Art. 76 Abs. 2; *Ss* Vf Art. 4 Abs. 2; *SA* Vf Art. 81 Abs. 1 S. 4, Abs. 3 S. 2; *GO* § 21=LKO § 15; *SH* GO § 6 Abs. 2 S. 1=KrO § 6; *Th* KO § 10 Abs. 2 S. 1. Diese Parallelisierung hatte bereits der Parlamentarische Rat für gut befunden. Hinsichtlich der Frage, wer im Rahmen von Art. 29 GG bei einer Volksabstimmung stimmberechtigt sein sollte, waren schon die Abgeordneten *Dr. Theodor Heuss* (FDP) und *Ernst Reuter* (SPD) der Ansicht, dass derjenige, der das Wahlrecht besitze, auch abstimmungsberechtigt sein soll (Grundsatzausschuss, 13. Sitzung vom 20. 10. 1948, Sten. Prot. S. 25; vgl. *Abel*, in: H.-P. Schneider (Hrsg.), *Dokumentation* Bd. 9, S. 16, sowie das Zitat auf S. 83 innerhalb des auf S. 69 ff. als Dokument Nr. 36 abgedruckten Protokolls).

⁶¹ *BW* Vf Art. 26 Abs. 1; *GemO* § 12 Abs. 1 S. 1; *By* Vf Art. 7 Abs. 1; *LWG* Art. 1 Abs. 1 Nr. 1; *GLKrWG* Art. 1 Abs. 1 Nr. 2; *Bl* Vf Art. 39 Abs. 3; *Bb* Vf Art. 22 Abs. 2 S. 1; *GO* § 20 Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12; *KWG* § 8 S. 1 Nr. 2; *Hs* Vf Art. 73 Abs. 1; *HGO* § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 8 Abs. 2; *GO* § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; *Ns* Vf Art. 8 Abs. 2; *NW* Vf Art. 68 Abs. 5 S. 1, Art. 31 Abs. 2 S. 1; *RP* Vf Art. 76 Abs. 2; *GemO* § 17a Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2=LKO §§ 11e, 9; *Sl* Vf Art. 64; *KSVG* § 21a Abs. 1, § 18 Abs. 2 S. 1 (vgl. § 153a Abs. 2); *Ss* Vf Art. 4 Abs. 2; *GemO* § 15 Abs. 1 S. 1, § 16 Abs. 1 S. 2=LKrO §§ 13 f.; *SA* Vf Art. 42 Abs. 2 S. 1; *Th* Vf Art. 46 Abs. 2; *KWG* § 1 Abs. 1 Nr. 1.

⁶² *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; *KWG* § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*KV* § 102 Abs. 2, § 98 Abs. 2); *Ns* NGO § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 1=NLO § 29; *NW* GO § 21 Abs. 2; *KWG* § 7 (via *GO* § 26 Abs. 1 oder via *KrO* § 23 Abs. 1); *SA* GO § 20 Abs. 2 S. 1=LKO § 14.

⁶³ *BW* Vf Art. 26 Abs. 1; *Bl* Vf Art. 38 Abs. 1, Art. 39 Abs. 3; *Bb* Vf Art. 22 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 1 S. 1; *VAG* § 2 Abs. 1, § 16, § 28 Abs. 1 (vgl. aber den Auftrag in *Bb* Vf Art. 22 Abs. 2 S. 2 Hs. 2); *Hs* Vf Art. 73 Abs. 1; *Ns* Vf Art. 8 Abs. 2; *RP* Vf Art. 75 Abs. 2 S. 1; *Sl* Vf Art. 64; *Ss* Vf Art. 4 Abs. 2, *VVG* § 2, *WahlG* § 11; *SA* Vf Art. 42 Abs. 2 S. 1; *Th* Vf Art. 46 Abs. 2, *BVVG* § 2 Abs. 1, *LWG* § 13 Nr. 1. Zum Ausländerstimmrecht vgl. *Menzel*, *Landesverfassungsrecht*, S. 403 ff.

wird den Unionsbürgern nicht nur kommunales Wahl-, sondern auch kommunales Abstimmungsrecht gewährt.⁶⁵ Meist die Wohnsitzwahl, manchmal auch nur der tatsächliche Aufenthalt, ist in der Gebietskörperschaft erforderlich,⁶⁶ und zwar unisono seit mindestens drei Monaten.⁶⁷ Ausgeschlossen ist, wer aufgrund eines Richterspruchs⁶⁸ das Wahl- bzw. Abstimmungsrecht verloren hat,⁶⁹ wer betreut wird⁷⁰

⁶⁴ *BW* Vf Art. 72 Abs. 1 S. 2; *GemO* § 12 Abs. 1 S. 1; *By* GLKrWG Art. 1 Abs. 1 Nr. 1; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12, KWG § 8 S. 1 Nr. 1; *Hs* HGO § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2, § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; KWG § 7 Abs. 1 (KV § 102 Abs. 2, § 98 Abs. 2); *Ns* NGO § 34 Abs. 1 S. 1=NLO § 29; *NW* GO § 21 Abs. 2; KWG § 7 (via GO § 26 Abs. 1 oder via KrO § 23 Abs. 1); *RP* GemO § 17a Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 1=LKO §§ 11e, 9; *Sl* KSVG § 21a Abs. 1, § 18 Abs. 2 S. 1 (vgl. § 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 1 S. 1, § 24 Abs. 1, § 16 Abs. 1 S. 2=LKrO §§ 21, 22, 14; *SA* GO § 20 Abs. 2 S. 1=LKO § 14; *Th* KO § 10 Abs. 2 S. 3; KWG § 1 Abs. 2 S. 1. Zum Unionsbürgerstimmrecht vgl. *Menzel*, Landesverfassungsrecht, S. 403 ff.

⁶⁵ Nur von Wahlen handelt Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG. Daneben für die Möglichkeit eines kommunalen Abstimmungsrechts *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 28 Rn. 75; dagegen *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 41 f. (Stand: Oktober 1996). Zur Umsetzung der einschlägigen Richtlinie des Rates in den verschiedenen Ländern vgl. *Pieroth/Schmülling*, DVBl. 1998, S. 365 ff.

⁶⁶ *Aufenthalt*: *Th* KWG § 1 Abs. 1 Nr. 3. *Gewöhnlicher Aufenthalt*: *BW* Vf Art. 26 Abs. 1; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; KWG § 7 Abs. 1 Nr. 2 lit. b (sofern wohnungslos); *RP* Vf Art. 75 Abs. 2 S. 1; *Ss* Vf Art. 4 Abs. 2. *Aufenthalt mit Schwerpunkt der Lebensbeziehung*: *By* GLKrWG Art. 1 Abs. 1 Nr. 3. *Ständiger Aufenthalt*: *Ns* NGO § 21 Abs. 1. *Wohnsitz*: *BW* Vf Art. 26 Abs. 1; *Bl* Vf Art. 39 Abs. 3; *Hs* Vf Art. 73 Abs. 1; HGO § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2 und 1, § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 3; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; KWG § 7 Abs. 1 Nr. 2 lit. a (KV § 102 Abs. 2, § 98 Abs. 2); *Ns* Vf Art. 8 Abs. 2; NGO § 22b Abs. 1, § 21 Abs. 1, § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2=NLO §§ 17b, 17, 29; *NW* GO § 21 Abs. 2; KWG § 7 (via GO § 26 Abs. 1 oder via KrO § 23 Abs. 1); *RP* Vf Art. 75 Abs. 2 S. 1; GemO § 17a Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 1=LKO §§ 11e, 9; *Sl* Vf Art. 64; KSVG § 21a Abs. 1, § 18 Abs. 2 S. 1 (vgl. § 153a Abs. 2); *Ss* Vf Art. 4 Abs. 2; GemO § 15 Abs. 1 S. 1, § 16 Abs. 1 S. 2=LKrO §§ 13 f.; *SA* Vf Art. 42 Abs. 2 S. 1; GO § 20 Abs. 2 S. 1=LKO § 14; *Th* Vf Art. 46 Abs. 2; KO § 10 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 S. 1. *Ständiger Wohnsitz*: *Bb* Vf Art. 22 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 1 S. 1; GO § 20 Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12, KWG § 8 S. 1 Nr. 3. – Vgl. zur Anknüpfung an den *Geurtsort* BVerfGE 1, 14 (57); 28, 220 (222 f.).

⁶⁷ *BW* GemO § 12 Abs. 1 S. 1; *By* GLKrWG Art. 1 Abs. 1 Nr. 3; *Bl* Vf Art. 39 Abs. 3; *Hs* HGO § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2, § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 3; *Ns* NGO § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2=NLO § 29; *NW* GO § 21 Abs. 2; KWG § 7 (via GO § 26 Abs. 1 oder via KrO § 23 Abs. 1); *RP* GemO § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3; *Sl* KSVG § 21a Abs. 1, § 18 Abs. 2 S. 1 (vgl. § 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 1 S. 1, § 16 Abs. 1 S. 2=LKrO §§ 21, 14; *SA* GO § 20 Abs. 2 S. 1=LKO § 14; *Th* KWG § 1 Abs. 1 Nr. 3.

⁶⁸ Sofern das Gesetz es vorsieht, kann das Gericht dem Verurteilten als Nebenfolge gemäß § 45 Abs. 5 StGB das Recht aberkennen, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen.

⁶⁹ Vgl. nur *BW* GemO § 14 Abs. 2 Nr. 1; *By* GLKrWG Art. 1 Abs. 1 Nr. 4, Art. 2 Nr. 1; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12, KWG § 8 S. 1 Nr. 4, § 9 Nr. 1; *Hs* HGO § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2, § 31 Nr. 2; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; KWG § 7 Abs. 1 Nr. 3, § 8 Nr. 1 (KV § 102 Abs. 2, § 98 Abs. 2); *Ns* NGO § 34 Abs. 2 Nr. 2=NLO § 29; *NW* GO § 21 Abs. 2; KWG § 8 Nr. 2 (via GO § 26 Abs. 1 oder via KrO § 23 Abs. 1); *RP* GemO

und in einigen Ländern, wer in eine geschlossene psychiatrische Anstalt eingewiesen wurde⁷¹.

Wie viele Stimmberechtigte den Gesetzentwurf unterstützen müssen, ist teils absolut, teils relativ festgeschrieben. Absolute Zahlen gelten traditionell in den ost-deutschen Ländern.⁷² Bei relativen Vorgaben geht es nicht um eine Anzahl, sondern um einen Anteil; das Quorum liegt im Median bei 10 Prozent⁷³ der Stimmberechtigten⁷⁴. Die Kommunalverfassungen staffeln oder „deckeln“ den Anteil bisweilen nach der Größe der Kommune.⁷⁵

§ 17a Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 3=LKO §§ 11e, 9; *Ss* GemO § 16 Abs. 2 Nr. 1=LKrO § 14; *SA* GO § 21 Abs. 2 Nr. 1=LKO § 15; *Th* KWG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 2 Nr. 1.

⁷⁰ Vgl. im Einzelnen nur *BW* GemO § 14 Abs. 2 Nr. 2; *By* GLKrWG Art. 1 Abs. 1 Nr. 4, Art. 2 Nr. 2; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12; KWG § 8 S. 1 Nr. 4; § 9 Nr. 2; *Hs* HGO § 8b Abs. 1, § 8 Abs. 2, § 31 Nr. 1; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 1, § 13 Abs. 2; KWG § 7 Abs. 1 Nr. 3, § 8 Nr. 2 (KV § 102 Abs. 2, § 98 Abs. 2); *Ns* NGO § 34 Abs. 2 Nr. 1=NLO § 29; *NW* GO § 21 Abs. 2; KWG § 8 Nr. 1 (via GO § 26 Abs. 1 oder via KrO § 23 Abs. 1); *Ss* GemO § 16 Abs. 2 Nr. 2=LKrO § 14; *SA* GO § 21 Abs. 2 Nr. 2=LKO § 15; *Th* KWG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 2 Nr. 2.

⁷¹ Vgl. im Einzelnen nur *By* GLKrWG Art. 1 Abs. 1 Nr. 4, Art. 2 Nr. 3; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 1, § 13 Abs. 2=LKrO §§ 18, 12, KWG § 8 S. 1 Nr. 4; § 9 Nr. 3; *Ns* NGO § 34 Abs. 2 Nr. 3=NLO § 29; *Th* KWG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 2 Nr. 3.

⁷² *Kommunale Satzungen: 10.000* (die Hälfte bei Kreisen mit weniger als 100.000 Einwohnern): *SA* LKO § 18 Abs. 3. *Für Landesgesetze 80.000: Bb* Vf Art. 77 Abs. 3. *140.000: MV* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 3. *250.000: SA* Vf Art. 81 Abs. 1 S. 4 (demnächst: 11%, vgl. *SA* LT-Drs. 4/1893 v. 11. 11. 2004 und PIPr 4/50 v. 12. 11. 2004, S. 3675–3680, beide zit. nach www.landtag.sachsen-anhalt.de, Stand: 14. 12. 2004). *450.000: Ss* Vf Art. 72 Abs. 2 S. 1 (jeweils Stimmberechtigte). Die sächsische Verfassung reagiert auf möglichen Bevölkerungsschwund, indem sie einschränkend ergänzt: jedoch nicht mehr als 15 Prozent, *Ss* Vf Art. 72 Abs. 2 S. 1.

⁷³ 3–5%: *NW* KrO § 23 Abs. 4 S. 1; 3–10%: *By* GO Art. 18a Abs. 6; *NW* GO § 26 Abs. 4 S. 1; 5%: *Hb* Vf Art. 50 Abs. 2 S. 3; *SH* Vf Art. 42 Abs. 1 S. 5; 5 oder 6%: *By* LKrO Art. 12a Abs. 6; 8%: *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 7; *Th* Vf Art. 82 Abs. 5 S. 2 (bei amtlich ausgelegten Unterschriftsbögen); 10% oder 4.000 Bürger: *MV* KV § 20 Abs. 5 S. 3 (§ 102 Abs. 2 S. 2); 10%: *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 5; *By* Vf Art. 74 Abs. 1; *Bb* GO § 20 Abs. 1 S. 5=LKrO § 18; *Bl* Vf Art. 62 Abs. 4; *Bm* Vf Art. 70 Abs. 1 lit. d; *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 3; *Ns* Vf Art. 48 Abs. 3 S. 1; NGO § 22b Abs. 2=NLO § 17b; *Th* Vf Art. 82 Abs. 5 S. 2 (bei freier Sammlung); 11%: demnächst gemäß *SA* Vf Art. 81 Abs. 1 S. 4 (vgl. oben Fn. 72); 13–17%: *Th* KO § 17 Abs. 1 S. 2 (je nach Gemeindegröße); 15%: *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 3=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21a Abs. 3 (via § 153a Abs. 2 mit Ermäßigungen); *Ss* GemO § 25 Abs. 1 S. 2 (Hauptsatzung kann ermäßigen); LKrO § 21 Abs. 1 S. 2; *SA* GO § 25 Abs. 3; 16 2/3%: *BW* Vf Art. 59 Abs. 2 S. 2; 20%: *Hs* Vf Art. 124 Abs. 1 S. 1; *RP* Vf Art. 109 Abs. 3 S. 1; *Sl* Vf Art. 99 Abs. 2 S. 3.

⁷⁴ Stichtag ist dabei bisweilen die letzte Wahl: *Hs* HGO § 8b Abs. 3 S. 3; *Ns* NGO § 22b Abs. 6 S. 3=NLO § 17b; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 3=LKO § 11e.

⁷⁵ *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 5; *By* GO Art. 18a Abs. 6=LKrO Art. 12a; *MV* KV § 20 Abs. 5 S. 3 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* NGO § 22b Abs. 2 S. 1=NLO § 17b; *RP* GemO § 17a Abs. 3 S. 3=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21 Abs. 3 S. 2, § 153a Abs. 2; *SA* GO § 25 Abs. 3=LKO § 18.

Ob genügend Unterschriften gesammelt wurden, überprüft in der Regel die Vertretung.⁷⁶ Gegen deren Entscheidung gewähren manche Regelwerke ausdrücklich Rechtsschutz⁷⁷, bisweilen jedem Unterzeichner⁷⁸ und ggf. auch unter Erlass des Vorverfahrens⁷⁹. Bei Volksbegehren entscheidet das Landesverfassungsgericht, fast immer⁸⁰ auf Antrag der Landesregierung oder eines Teils der Mitglieder des Landtags⁸¹. Ist ein Begehren erfolgreich, entstehen manchmal Ansprüche auf Erstattung der notwendigen Kosten für den Abstimmungskampf.⁸²

Entscheid ist die Abstimmung der Stimmberechtigten über den Entwurf.⁸³ Der Entscheid entfällt immer, wenn schon die Vertretung dem begehrten Entwurf zustimmt und die verlangte Maßnahme, bisweilen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes (Entscheidungsfrist)⁸⁴, beschließt.⁸⁵ Selten sind ihr dabei unwesentliche

⁷⁶ *BW* GemO § 21 Abs. 4 S. 1; *By* GO Art. 18a Abs. 8 S. 1=LKrO Art. 12a; *Bb* Vf Art. 22 Abs. 3 S. 4; *GO* § 20 Abs. 2 S. 1=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 4 S. 2; *NW* GO § 26 Abs. 6 S. 1=KrO § 23; *RP* GemO § 17a Abs. 4 S. 2=LKO § 11e; *SL* KSVG § 21a Abs. 5 S. 1; *Ss* GemO § 25 Abs. 3 S. 1=LKrO § 21; *SA* GO § 25 Abs. 4 S. 1=LKO § 18; *SH* Vf Art. 42 Abs. 1 S. 3; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 7 (Gemeindeverwaltung). In Niedersachsen entscheidet ein Ausschuss gemäß *Ns* NGO § 22b Abs. 7=NLO § 17b. Im Übrigen sind zuständig: *Landesregierung* (*Ns* Vf Art. 48 Abs. 2; *SL* Vf Art. 99 Abs. 3 S. 1; *SA* Vf Art. 81 Abs. 2 S. 1), *Landtagspräsident* (*Ss* Vf Art. 71 Abs. 2 S. 2) und *Rechtsaufsicht* (*SH* GO § 16g Abs. 5 S. 1=KrO § 16f).

⁷⁷ Vgl. nur *Bb* Vf Art. 22 Abs. 3 S. 6 (gerichtlich); *BW* KomWG § 41 Abs. 2 S. 1, 2; *By* GO Art. 18a Abs. 8 S. 2=LKrO Art. 12a; *SA* GO § 25 Abs. 6, § 24 Abs. 6=LKO §§ 19, 17 (alle verwaltungsgerichtlich); *Ns* Vf Art. 48 Abs. 2; *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 6; *SL* Vf Art. 99 Abs. 3 S. 2; *Ss* Vf Art. 71 Abs. 2 S. 3; *SA* Vf Art. 81 Abs. 2 S. 1 (alle landesverfassungsgerichtlich). Vgl. zum verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz bei Volksbegehren insbesondere *Schlink*, in: Festschrift VerfGH NW, S. 137 ff. (am Beispiel Nordrhein-Westfalens).

⁷⁸ Vgl. nur *BW* KomWG § 41 Abs. 2 S. 1; *SA* GO § 25 Abs. 6, § 24 Abs. 6=LKO §§ 19, 17. Nur *Vertreter*: *By* GO Art. 18a Abs. 8 S. 2=LKrO Art. 12a; *NW* VIVBVG § 10 Abs. 2.

⁷⁹ Gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 vor Nr. 1 VwGO i. V. m. *By* GO Art. 18a Abs. 8 S. 2=LKrO Art. 12a.

⁸⁰ *Bb* Vf Art. 77 Abs. 2; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 6 S. 1 (auch „Volksinitiatoren“); *MV* Vf Art. 60 Abs. 2 S. 2; *SH* Vf Art. 42 Abs. 1 S. 4 (Bundesverfassungsgericht); *Th* Vf Art. 82 Abs. 3 S. 2.

⁸¹ *Ein Fünftel*: *Hb* Vf Art. 50 Abs. 6 S. 1. *Ein Viertel*: *MV* Vf Art. 60 Abs. 2 S. 2; *SH* Vf Art. 42 Abs. 1 S. 4. *Ein Drittel*: *Bb* Vf Art. 77 Abs. 2; *Th* Vf Art. 82 Abs. 3 S. 2.

⁸² *Ns* Vf Art. 50 Abs. 1; *SH* Art. 42 Abs. 3 S. 2; vgl. *Ss* Vf Art. 73 Abs. 3 und *Jung*, JöR N.F. 48 (2000), S. 39 (82 f.). Der Ausdruck Abstimmungskampf, parallel zum geläufigen Begriff des Wahlkampfes gebildet, findet positiv-rechtliche Verwendung in *Ss* Vf Art. 73 Abs. 3.

⁸³ Der Begriff des Volksentscheids geht, wie der des Volksbegehrens, zurück auf die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919 (Weimarer Reichsverfassung), RGBl. 1919, S. 1383 ff., abgedruckt bei Boldt (Hrsg.), Reich und Länder, S. 490 ff., vgl. Art. 73 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 WRV.

⁸⁴ *Zwei Monate*: *Bb* Vf Art. 78 Abs. 1 S. 1. *Drei Monate*: *SL* Vf Art. 100 Abs. 1 S. 1. *Vier Monate*: *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 1; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 1. *Sechs Monate*: *MV* Vf Art. 60 Abs. 3 S. 1; *Ns* Vf Art. 49 Abs. 1 S. 1; *Th* Vf Art. 82 Abs. 7 S. 1.

⁸⁵ *Art. 73 Abs. 3 S. 4 WRV*. *BW* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 1; *GemO* § 21 Abs. 4 S. 2; *By* Vf Art. 74 Abs. 4; *GO* Art. 18a Abs. 14 S. 1=LKrO Art. 12a; *Bb* Vf Art. 78 Abs. 1 S. 1; *GO* § 20 Abs. 2 S. 3=LKrO § 18; *Bm* Vf Art. 70 Abs. 1 lit. d S. 4; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 1; *Hs* Vf

Veränderungen gestattet.⁸⁶ Weigert die Vertretung sich, die begehrte Gesetzesvorlage zu verabschieden, kann sie meist einen eigenen Entwurf mit zur Abstimmung stellen.⁸⁷

Die Abstimmung muss entweder unverzüglich nach der Zulassung des Begehrens⁸⁸ oder innerhalb einer Durchführungsfrist von drei Monaten⁸⁹ stattfinden. Die Durchführungsfrist beginnt mit dem Zustandekommen des Begehrens⁹⁰ oder – wenn der Vertretung eine Entscheidungsfrist gewährt ist – später, entweder mit dem Beschluss, den begehrten Entwurf nicht zu verabschieden, oder mit dem Ablauf der Entscheidungsfrist.⁹¹ Selten ist vorgesehen, dass der Entscheid nicht vor Ablauf von drei Monaten stattfinden darf.⁹² Währenddessen soll Gelegenheit zur „öffentlichen Information und Diskussion über den Gegenstand des Volksentscheides“⁹³ gegeben sein. Zu diesem Zweck ist über den Entwurf und seine Gründe sachlich zu informieren.⁹⁴ Dass die Organe der Gebietskörperschaft Stellung beziehen, ist meistens geboten⁹⁵, selten verboten⁹⁶.

Art. 124 Abs. 2 S. 2; HGO § 8b Abs. 4 S. 3; *MV* Vf Art. 60 Abs. 3 S. 1; KV § 20 Abs. 5 S. 5 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *NW* Vf Art. 68 Abs. 2 S. 2; *RP* Vf Art. 109 Abs. 4 S. 1; GemO § 17a Abs. 5=LKO § 11e; *SL* Vf Art. 100 Abs. 1 S. 1; KSVG § 21a Abs. 5 S. 2 und 4 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 24 Abs. 5=LKrO § 22; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 1; GO § 25 Abs. 4 S. 4=LKO § 18; *Th* Vf Art. 82 Abs. 7 S. 2 Hs. 1; KO § 17 Abs. 5 S. 1. Gemäß *MV* KV § 20 Abs. 5 S. 5 (§ 102 Abs. 2 S. 2), *SH* GO § 16g Abs. 5 S. 3=KrO § 16f kann auch der zuständige Ausschuss die Maßnahme beschließen.

⁸⁶ *BI* Vf Art. 63 Abs. 1 S. 3; *Ns* Vf Art. 49 Abs. 1 S. 1; NGO § 22b Abs. 9 S. 3=NLO § 17b.

⁸⁷ *By* Vf Art. 74 Abs. 4; *BW* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 2; *BI* Vf Art. 63 Abs. 1 S. 1, 2; *Bb* Vf Art. 78 Abs. 1 S. 2; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 3 S. 2; *NW* VIVBVEG § 24 Abs. 1 Nr. 1; *Ns* Vf Art. 49 Abs. 1 S. 2; *RP* Vf Art. 109 Abs. 4 S. 2; *SL* Vf Art. 100 Abs. 2 S. 2; *Ss* Vf Art. 72 Abs. 2 S. 3; *SA* Vf Art. 81 Abs. 4 S. 1; *SH* Vf Art. 42 Abs. 2 S. 2; *Th* Vf Art. 82 Abs. 7 S. 2 Hs. 2.

⁸⁸ *Hs* HGO § 8b Abs. 8 i. V. m. KWG § 55 Abs. 1 S. 3.

⁸⁹ Im Median. Im Einzelnen gilt: *Zwei Monate*: *Bb* Vf Art. 78 Abs. 1 S. 1. *Zehn Wochen*: *NW* Vf Art. 68 Abs. 2 S. 2. *Drei Monate*: *By* GO Art. 18a Abs. 10 S. 1 Hs. 1=LKrO Art. 12a; *Ns* NGO § 22b Abs. 7 S. 2=NLO § 17b; *NW* GO § 26 Abs. 6 S. 3=KrO § 23; *SL* Vf Art. 100 Abs. 1 S. 1; KSVG § 21a Abs. 5 S. 2 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 25 Abs. 3 S. 3=LKrO § 21; *SA* GO § 25 Abs. 4 S. 3=LKO § 18. *Vier Monate*: *BI* Vf Art. 63 Abs. 1 S. 1. *Sechs Monate*: *MV* Vf Art. 60 Abs. 3 S. 1; *Ns* Vf Art. 49 Abs. 1 S. 1; *Ss* Vf Art. 72 Abs. 3 S. 1; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 1. *Neun Monate*: *SH* Vf Art. 42 Abs. 2 S. 1. – *By* GO Art. 18a Abs. 10 S. 1 Hs. 2=LKrO Art. 12a eröffnet die Möglichkeit einer Fristverlängerung.

⁹⁰ *By* GO Art. 18a Abs. 10 S. 1 Hs. 1=LKrO Art. 12a; *BI* Vf Art. 63 Abs. 1 S. 1; *Hs* HGO § 8b Abs. 8 i. V. m. KWG § 55 Abs. 1 S. 3.

⁹¹ *MV* Vf Art. 60 Abs. 3 S. 1; *Ns* Vf Art. 49 Abs. 1 S. 1; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 1.

⁹² *MV* Vf Art. 60 Abs. 3 S. 1; *Ss* Vf Art. 72 Abs. 3 S. 1; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 1.

⁹³ *Ss* Vf Art. 72 Abs. 3 S. 1.

⁹⁴ *SL* Vf Art. 100 Abs. 2 S. 1; *SH* Vf Art. 42 Abs. 3 S. 1.

⁹⁵ Etwa *By* Vf Art. 74 Abs. 7; *RP* GemO § 17a Abs. 6=LKO § 11e; *SL* Vf Art. 100 Abs. 2 S. 1; KSVG § 21a Abs. 5 S. 3, § 20b Abs. 2 S. 1 (§ 153a Abs. 2); *SH* GO § 16g Abs. 6=KrO § 16f.

Wem Stimmrecht zusteht, wurde bereits im Rahmen der Unterstützungsberechtigung behandelt.⁹⁷ Die Abstimmung muss – so schreiben es viele Bestimmungen vor – allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim sein.⁹⁸ Sie lautet Ja oder Nein, Stimmenthaltung ist nicht vorgesehen.⁹⁹ Die Frage ist in jenem Sinn entschieden, in dem sie von der Mehrheit beantwortet wurde.¹⁰⁰ Bezugsgröße sind entweder nur die gültigen¹⁰¹ oder alle abgegebenen¹⁰² Stimmen (Abstimmungsquorum¹⁰³), selten die Anzahl der Stimmberechtigten¹⁰⁴. Oft¹⁰⁵ muss die Mehrheit

⁹⁶ Etwa *SH* Vf Art. 42 Abs. 3 S. 1.

⁹⁷ Oben bei Fn. 57 ff.; vgl. im Übrigen nur *By* GO Art. 18a Abs. 10 S. 3=LKrO Art. 12a; *Bb* GO § 20 Abs. 2 S. 2=LKrO § 18; *RP* Vf Art. 107 Nr. 1; *Ss* Vf Art. 70 Abs. 2; *SA* Vf Art. 77 Abs. 1.

⁹⁸ *BW* Vf Art. 26 Abs. 4, Art. 72 Abs. 1 S. 1; *By* Vf Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 1 (ohne frei); *Bb* Vf Art. 22 Abs. 3 S. 1; *Bm* Vf Art. 69 Abs. 2; *Hs* Vf Art. 72, Art. 73 Abs. 2 S. 1; *NW* Vf Art. 68 Abs. 5 S. 1, Art. 31 Abs. 1; *RP* Vf Art. 76 Abs. 1; *SI* Vf Art. 63 Abs. 1; *Ss* Vf Art. 4 Abs. 1; *SH* Vf Art. 3 Abs. 1; *Th* Vf Art. 46 Abs. 1; KO § 17 Abs. 7 S. 1 (nur geheim).

⁹⁹ *Hs* Vf Art. 124 Abs. 3 S. 1; *MV* Vf Art. 60 Abs. 4 S. 3; *Ns* NGO § 22b Abs. 10 S. 1=NLO § 17b; *NW* Vf Art. 68 Abs. 4 S. 1; GO § 26 Abs. 7 S. 1=KrO § 23; *Ss* Vf Art. 72 Abs. 4 S. 1; *SH* Vf Art. 42 Abs. 4 S. 3; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 4. Vgl. oben Fn. 35.

¹⁰⁰ *BW* Vf Art. 60 Abs. 5 S. 1; GemO § 21 Abs. 6 S. 1; *By* GO Art. 18a Abs. 12 S. 1; LKrO Art. 12a Abs. 11 S. 1; *BI* Vf Art. 63 Abs. 2; *Bb* Vf Art. 78 Abs. 2; GO § 20 Abs. 4 S. 2=LKrO § 18; *Bm* Vf Art. 72 Abs. 1; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 4; *Hs* Vf Art. 124 Abs. 3 S. 2; HGO § 8b Abs. 6 S. 1; *MV* Vf Art. 60 Abs. 4 S. 1, 3; KV § 20 Abs. 6 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* Vf Art. 49 Abs. 2 S. 1; NGO § 22b Abs. 10 S. 3=NLO § 17b; *NW* Vf Art. 68 Abs. 4 S. 2; GO § 26 Abs. 7 S. 2=KrO § 23; *RP* Vf Art. 109 Abs. 4 S. 2; GemO § 17a Abs. 7=LKO § 11e; *SI* Vf Art. 100 Abs. 3; KSVG § 21a Abs. 6 S. 1 (§ 153a Abs. 2); *Ss* Vf Art. 72 Abs. 4 S. 2; GemO § 24 Abs. 3 S. 1=LKrO § 22; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 2; GO § 26 Abs. 4 S. 1=LKO § 19; *SH* Vf Art. 42 Abs. 4 S. 1, 6; GO § 16g Abs. 7 S. 1=KrO § 16f; *Th* Vf Art. 82 Abs. 7 S. 3 Hs. 1; KO § 17 Abs. 4 S. 2. Zum eigenartigen Berliner Doppelquorum gemäß *BI* Vf Art. 63 Abs. 2, das entweder ein Beteiligungsquorum von der Hälfte der Stimmberechtigten oder, bei einer Beteiligung unter dieser Grenze, ein Zustimmungsquorum von einem Drittel verlangt, vgl. *Jung*, JöR N.F. 48 (2000), S. 39 (81 Fn. 272). Bei Stimmgleichheit gilt die Frage als mit Nein beantwortet, auch in Sachsen, vgl. *Gebhardt*, in: *Jung / Knemeyer*, Direkte Demokratie, S. 108, Fn. 59.

¹⁰¹ *BW* Vf Art. 60 Abs. 5 S. 1; GemO § 21 Abs. 6 S. 1; *By* GO Art. 18a Abs. 12 S. 1; LKrO Art. 12a Abs. 11 S. 1; *Bb* GO § 20 Abs. 4 S. 2=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 6 S. 1; *MV* Vf Art. 60 Abs. 4 S. 1, 3; KV § 20 Abs. 6 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* NGO § 22b Abs. 10 S. 3=NLO § 17b; *NW* GO § 26 Abs. 7 S. 2=KrO § 23; *RP* Vf Art. 109 Abs. 4 S. 2; GemO § 17a Abs. 7=LKO § 11e; *SI* KSVG § 21a Abs. 6 S. 1 (§ 153a Abs. 2); *Ss* Vf Art. 72 Abs. 4 S. 2; GemO § 24 Abs. 3 S. 1=LKrO § 22; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 2; GO § 26 Abs. 4 S. 1=LKO § 19; *SH* GO § 16g Abs. 7 S. 1=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 7 S. 4.

¹⁰² *Bb* Vf Art. 78 Abs. 2; *Bm* Vf Art. 72 Abs. 1; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 4; *Hs* Vf Art. 124 Abs. 3 S. 2; *Ns* Vf Art. 49 Abs. 2 S. 1; *NW* Vf Art. 68 Abs. 4 S. 2; *SH* Vf Art. 42 Abs. 4 S. 1, 2; *Th* Vf Art. 82 Abs. 7 S. 3 Hs. 1.

¹⁰³ *Gebhardt*, in: *Jung / Knemeyer*, Direkte Demokratie, S. 108 f.

¹⁰⁴ Ausnahmslos *SI* Vf Art. 100 Abs. 3. Ausnahmsweise, für den Fall einer „geringen“ Beteiligung an der Abstimmung, genügt gemäß *BI* Vf Art. 63 Abs. 2 ein Drittel der Stimmberechtigten.

der Ja-Stimmen allerdings einen bestimmten Anteil der Stimmberechtigten ausmachen (Zustimmungsquorum¹⁰⁶), meistens ein Viertel.¹⁰⁷ So bleibt die erforderliche Beteiligung an der Abstimmung variabel, und der Entscheid taugt auch für Fragen, die von der Bevölkerung recht einheitlich beurteilt werden, so dass mangels Wettstreits zu befürchten steht, dass die Stimmbeteiligung niedrig ausfällt. Zielt die Volksgesetzgebung auf eine Änderung der Landesverfassung, muss bisweilen eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen (gültigen) Stimmen zustimmen,¹⁰⁸ jedenfalls muss die zustimmende Mehrheit mehr als die Hälfte der Stimmberechtigten¹⁰⁹ ausmachen.¹¹⁰

¹⁰⁵ Ausnahmen *Hs* Vf Art. 124 Abs. 3 S. 2; *Ss* Vf Art. 72 Abs. 4 S. 2. Gemäß *SA* Vf Art. 81 Abs. 4 S. 2 entfällt das Beteiligungserfordernis, falls der Landtag einen Konkurrenzentscheid mit zur Entscheidung vorgelegt hat.

¹⁰⁶ *Henneke*, ZG 1996, S. 1 (19); *Schliesky*, ZG 1999, S. 91 (119); *Gebhardt*, in: Jung/Knemeyer, Direkte Demokratie, S. 108.

¹⁰⁷ *10 oder 15%*: *By* LKRÖ Art. 12a Abs. 11 S. 1; *10 bis 20%* (gestaffelt): *By* GO Art. 18a Abs. 12 S. 1; *15%*: *NW* Vf Art. 68 Abs. 4 S. 2; *20%*: *NW* GO § 26 Abs. 7 S. 2=KRÖ § 23; *SH* GO § 16g Abs. 7 S. 1=KRÖ § 16f; *20 bis 25%* (gestaffelt): *Th* KO § 17 Abs. 7 S. 4; *25%*: *Bb* Vf Art. 78 Abs. 2; GO § 20 Abs. 4 S. 2=LKRÖ § 18; *Bm* Vf Art. 72 Abs. 1; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 4; *Hs* HGO § 8b Abs. 6 S. 1; *MV* KV § 20 Abs. 6 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* Vf Art. 49 Abs. 2 S. 1; NGO § 22b Abs. 10 S. 3=NLO § 17b; *RP* Vf Art. 109 Abs. 4 S. 3; *Ss* GemO § 24 Abs. 3 S. 1=LKRÖ § 22; *SA* Vf Art. 81 Abs. 3 S. 2; GO § 26 Abs. 4 S. 1=LKO § 19; *SH* Vf Art. 42 Abs. 4 S. 1; *Th* Vf Art. 82 Abs. 7 S. 3 Hs. 2; *30%*: *BW* GemO § 21 Abs. 6 S. 1; *RP* GemO § 17a Abs. 7=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21a Abs. 6 S. 1 (§ 153a Abs. 2); *ein Drittel*: *Bl* Vf Art. 63 Abs. 2; *BW* Vf Art. 60 Abs. 5 S. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 4 S. 1; *50%*: *Bl* Vf Art. 63 Abs. 2; *Sl* Vf Art. 100 Abs. 3.

¹⁰⁸ *Zwei Drittel der abgegebenen, gültigen Stimmen*: *Bb* Vf Art. 79 S. 2, Art. 78 Abs. 3; *MV* Vf Art. 60 Abs. 4 S. 2, 3; *SH* Vf Art. 42 Abs. 4 S. 2, 3. *Zwei Drittel der abgegebenen Stimmen*: *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 5; *NW* Vf Art. 69 Abs. 3 S. 3; *SA* Vf Art. 81 Abs. 5. *Einfache Mehrheit der Stimmberechtigten*: *BW* Vf Art. 64 Abs. 3 S. 3; *Bm* Vf Art. 72 Abs. 2; *Ns* Vf Art. 46 Abs. 3 S. 2, Art. 49 Abs. 2 S. 2; *RP* Vf Art. 129 Abs. 1; *Ss* Vf Art. 74 Abs. 3 S. 3. *Einfache Mehrheit der Abstimmenden*: *Hs* Vf Art. 123 Abs. 2; *Th* Vf Art. 83 Abs. 2 S. 2 Hs. 1.

¹⁰⁹ *BW* Vf Art. 64 Abs. 3 S. 3; *Bb* Vf Art. 79 S. 2, Art. 78 Abs. 3; *Bm* Vf Art. 72 Abs. 2; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 5; *MV* Vf Art. 60 Abs. 4 S. 2; *Ns* Vf Art. 46 Abs. 3 S. 2, Art. 49 Abs. 2 S. 2; *NW* Vf Art. 69 Abs. 3 S. 3; *RP* Vf Art. 129 Abs. 1; *Ss* Vf Art. 74 Abs. 3 S. 3; *SA* Vf Art. 81 Abs. 5; *SH* Vf Art. 42 Abs. 4 S. 2. *Ausnahmen*: *Hs* Vf Art. 123 Abs. 2 (Mehrheit der Abstimmenden); *Th* Vf Art. 83 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 (40 Prozent der Stimmberechtigten). Die bayerische Verfassung enthält kein Quorum. Das sei eine planwidrige Regelungslücke, nach Ansicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu schließen durch das Erfordernis der Zustimmung eines Viertels der Stimmberechtigten, so BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, S. 65 (69). *Bryde*, in: v. Arnim (Hrsg.), Direkte Demokratie, S. 147 (S. 151 Fn. 18), nennt das willkürlich. Vgl. zum Problem *Isensee*, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit, 1999.

¹¹⁰ Ausnahme: Gemäß *Hs* Vf Art. 123 Abs. 2 genügt eine einfache Mehrheit der Abstimmenden; allerdings muss daneben der Landtag mit mehr als der Hälfte der gesetzlichen Zahl seiner Mitglieder zustimmen.

Viertes Kapitel

Rechtsfolgen der Volksgesetzgebung

Die Rechtsfolgen eines Entscheids entsprechen den Rechtsfolgen eines Beschlusses der Vertretung.¹¹¹ Während Bürgermeister und Landrat die Beschlüsse der Kommunalvertretung beanstanden können, ist die repressive Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Bürgerentscheiden durch die Wahlbeamten¹¹² regelmäßig und durch die Rechtsaufsicht teilweise ausgeschlossen¹¹³. Findet Kontrolle statt, gewähren die Gerichte Rechtsschutz.¹¹⁴

Eine weitere Rechtsfolge des Entscheids kann die zeitliche Sperre der Beschlussfassung zu diesem Gegenstand sein. Ist vorgesehen, dass ein vom Volk gefasster Beschluss nur durch *actus contrarius*¹¹⁵ geändert werden kann, wirkt die Abänderungssperre¹¹⁶ auf die Vertretung.¹¹⁷ Ist vorgesehen, dass dieser neue Entscheid fremdinitiiert sein muss, sind auch die Vertretenen betroffen.¹¹⁸ Nicht nur die Annahme¹¹⁹ des Entwurfs vermag Bindungswirkung¹²⁰ zu entfalten. Manchmal ist es stattdessen die Ablehnung, die sperrt.¹²¹ Teilweise genügt jede Durchführung einer Abstimmung.¹²² Die Bindungswirkung kann entfallen, wenn sich die Sach- oder Rechtslage wesentlich geändert hat (*clausula rebus sic stantibus*).¹²³

¹¹¹ *By* GO Art. 18a Abs. 13 S. 1; LKrO Art. 12a Abs. 12 S. 1; *Bb* GO § 20 Abs. 5 S. 1=LKrO § 18; *Hs* HGO § 8b Abs. 7 S. 1; *Ns* NGO § 22b Abs. 11 S. 1=NLO § 17b; *RP* GemO § 17a Abs. 8 S. 1=LKO § 11e; *Sl* KSVG § 21a Abs. 7 S. 1; *Ss* GemO § 24 Abs. 4 S. 1=LKrO § 22; *SA* GO § 26 Abs. 4 S. 1=LKO § 19; *SH* GO § 16g Abs. 8 S. 1=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 9 S. 2.

¹¹² Vgl. nur *Hs* HGO § 8b Abs. 7 S. 3; *RP* GemO § 17a Abs. 8 S. 2=LKO § 11e.

¹¹³ Vgl. nur *Hs* HGO § 8b Abs. 7 S. 3 (ausgeschlossen) und *Th* KO § 17 Abs. 9 S. 4 (möglich).

¹¹⁴ Vgl. nur *Hb* Vf Art. 50 Abs. 6 S. 1; *SH* Vf Art. 3 Abs. 3 S. 1, 2.

¹¹⁵ *Peine*, Der Staat 18 (1979), S. 375 (398, 401).

¹¹⁶ *Henneke*, ZG 1996, S. 1 (22), auch: Wiederholungssperre, *Gebhardt*, in: Jung / Kne-meyer, Direkte Demokratie, S. 110.

¹¹⁷ Allgemein zur Änderung volksbeschlossener Gesetze durch das Parlament *Peine*, Der Staat 18 (1979), S. 375 ff., und *Borowski*, DÖV 2000, S. 481 ff. (anhand der parlamentarischen Änderung des Volksgesetzes „gegen die Rechtschreibreform“ in Schleswig-Holstein).

¹¹⁸ *Ns* NGO § 22b Abs. 11 S. 2=NLO § 17b; *Sl* KSVG § 21a Abs. 7 S. 3; *SH* GO § 16g Abs. 8 S. 2=KrO § 16f; *Th* KO § 17 Abs. 9 S. 3. Zu Bayern und Brandenburg *Gebhardt*, in: Jung / Kne-meyer, Direkte Demokratie, S. 111.

¹¹⁹ So *Hb* Vf Art. 50 Abs. 4.

¹²⁰ *Knemeyer*, in: Jung / Kne-meyer, Direkte Demokratie, S. 89; *Gebhardt*, a. a. O., S. 103 f., 111; *Schliesky*, SchlHA 1999, S. 225 (227, 229 f.).

¹²¹ *Ss* Vf Art. 73 Abs. 2; *Th* KO § 17 Abs. 1 S. 3.

¹²² *BW* GemO § 21 Abs. 3 S. 2; *Bl* Vf Art. 62 Abs. 1 S. 2; *Hs* HGO § 8b Abs. 4 S. 1; *MV* KV § 20 Abs. 4 S. 1 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns* NGO § 22b Abs. 3 S. 1=NLO § 17b; *NW* GO § 26 Abs. 5 Nr. 10; KrO § 23 Abs. 5 Nr. 9; *RP* GemO § 17a Abs. 4 S. 1=LKO § 11e; *Sl*

Dritter Teil

Grundlagen: Staat und Gesellschaft

Erstes Kapitel

Geschichte

Die Frage nach der Berechtigung aus und der Bindung an die Grundrechte, kurz: nach der Grundrechtsgeltung, rührt an der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Staat und Gesellschaft sind geschichtlich geworden, was sie heute sind, und daher nur aus ihrer Geschichte heraus zu verstehen. Zunächst soll also die Evolution eines Verhältnisses nachgezeichnet werden, das heute noch als unsicher bezeichnet wird.¹ Anschließend wird es darum gehen, wie das Grundgesetz Staat und Gesellschaft einander zuordnet.

Der Staat ist keine überzeitliche Größe, die es immer und zu allen Zeiten gegeben hat.² Eine Definition des Begriffs suchen wir im geschriebenen Recht vergeblich. Im (ungeschriebenen) Völkerrecht ist dagegen seit Georg Jellinek anerkannt, dass den Staat drei Elemente konstituieren, nämlich das Staatsgebiet, das Staatsvolk und die Staatsgewalt.³ Dabei wird heute die Souveränität als das Spezifikum der Staatsgewalt gesehen, also die ausschließliche und unabgeleitete, von niemandem einschränkbare Herrschaftsgewalt.⁴ An einer einheitlichen Herrschaftsgewalt

KSVG § 21a Abs. 4 Nr. 10 (§ 153a Abs. 2); Ss GemO § 25 Abs. 1 S. 3=LKrO § 21; SA GO § 25 Abs. 1 S. 2=LKO § 18; SH GO § 16g Abs. 3 S. 2=KrO § 16f.

¹²³ By GO Art. 18a Abs. 13 S. 2; LKrO Art. 12a Abs. 12 S. 2; Th KO § 17 Abs. 9 S. 3. Das soll auch sonst gelten, so *Gebhardt*, in: Jung/Knemeyer, Direkte Demokratie, S. 112, *Peine*, Der Staat 18 (1979), S. 375 (389). Zur Dauer der Bindungswirkung, die teils fest, teils variabel formuliert ist, vgl. *Hartmann*, DVBl. 2001, S. 776 (784).

¹ *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 31 Rn. 17.

² *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 32, 38; *Heller*, Staatslehre, S. 125; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 1.

³ *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 394, 406, 427; *Doehring*, Allgemeine Staatslehre, Rn. 39; *Epping*, in: K. Ipsen, Völkerrecht, § 5 Rn. 2 ff.; *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 647; *Hobe/Kimminich*, Völkerrecht, S. 67 ff.; *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 5; *Menger*, Verfassungsgeschichte, Rn. 94; *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 16; *Seidl-Hohenveldern/T. Stein*, Völkerrecht, Rn. 622; kritisch *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 85; *E. Stein/Frank*, Staatsrecht, § 3 I 1 (S. 14).

fehlte es lange. Im Mittelalter herrschten viele Einheiten nebeneinander. Erst der Absolutismus zentralisierte die Herrschaftsgewalt in einer Person und vereinte dort auch Staat und Gesellschaft (§ 1). Als dann die Aufklärung die Herrschaft von der Person des Monarchen löste, waren Staat und Gesellschaft geschieden (§ 2). Im Ringen mit dem Wohlfahrtsstaat gewann die Gesellschaft schließlich eigene Konturen (§ 3). Seit in der Weimarer Republik eine Demokratie an die Stelle der Monarchie trat, bewirken gesellschaftliche Kräfte den Staat; umgekehrt greift der Staat lenkend in die Gesellschaft ein, so dass Staat und Gesellschaft heute in einer Wechselbeziehung stehen (§ 4).

§ 1 Zentralisierung der Herrschaftsgewalt in der absoluten Monarchie

Stellte eine Karte des vormodernen Europas die Länder mittels einheitlicher Flächenfarben klar abgegrenzt voneinander dar, projizierte diese Erfindung irreführend die moderne Staatenwelt zurück. Im Mittelalter beruhte die Ordnung, Feudalismus genannt, zunächst noch wesentlich auf persönlichen Verbindungen zwischen Lehensherren und Vasallen (Lehenswesen), auf Standesunterschieden und der (mit dem Rittergut verbundenen) Patrimonialgerichtsbarkeit.⁵ Der Personenverband, nicht das System der Über- und Unterordnung war prägend, ein Untertanenverhältnis im eigentlichen Sinne bestand nicht, sondern eher ein Vertragsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten, gekennzeichnet durch Begriffe wie Ehre und Treue.⁶ Zwar gab es auch territoriale Untergliederungen, zahlreiche kleine räumliche Einheiten, Dörfer, Städte, Herrschaften mit je eigenem, voneinander verschiedenem Rechtsstatus. Aber die Zuständigkeiten der verschiedenen Herrschaftsinstanzen überschnitten sich: Administrative, finanzielle, militärische, gerichtliche, kirchliche Kompetenzen waren nicht gebündelt, sondern verteilt. So existierte eine Vielzahl einzelner Herrschaftsrechte: vor allem die Grundherrschaft, also das Verhältnis von landbesitzenden zu landbebauenden Menschen,⁷ dann Hoch- und Niedergericht, Bann- und Lehnrechte, dazu Königsrechte (Regalien) wie das Münz-, Zoll- und Geleitrecht. Diese Hoheitsrechte wurden dem Eigentum ähnlich gedacht,

⁴ *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 32, 38; *Menger*, Verfassungsgeschichte, Rn. 82. A.A. noch *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 486 ff.

⁵ *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 73; *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 203 (S. 297). Feudalismus kommt von „feudum“ als der Bezeichnung für den Gegenstand des Lehensverhältnisses. Dabei handelte es sich nicht nur um Grund und Boden, sondern auch um bewegliche Sachen, Sachgesamtheiten und Rechte, vgl. *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 82.

⁶ *Fleiner/Basta Fleiner*, Allgemeine Staatslehre, S. 289; *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 76, 82; *Smend*, Staat und Politik, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 363 (365).

⁷ *Pieroth*, Jura 1984, S. 568 (570).

konnten verkauft, getauscht, vererbt, in die Ehe eingebracht und verschenkt werden.⁸ So kam es, dass „staatliches Hoheitsrecht tausendfältig zersplittert und zerstäubt zahllosen Individuen und Korporationen ... zu eigenem Rechte zustand“⁹. Es gab kein Monopol der Gesetzgebung in der Hand einer zentralen Staatsgewalt.¹⁰ Öffentliches und privates Recht waren noch nicht geschieden, statt der unmittelbaren Unterordnung des Staatsbürgers unter die Staatsgewalt, wie sie der moderne Staat kennt, gab es einen stufenförmigen Aufbau der Lebensverhältnisse: Mit dem König an der Spitze verlief die sog. Heerschildordnung über die weltlichen und geistlichen Fürsten pyramidenförmig hinab bis zu den sogenannten „einschildigen“ Rittern, die Lehen nur nehmen, aber nicht weiter ausgeben konnten.¹¹ Die vielfach zerstreuten und je begrenzten, eigenständigen politischen Herrschaftsbefugnisse bestanden bis in die frühe Neuzeit hinein, ohne dass sich darüber eine umfassende, einheitliche, letztentscheidende politische Herrschaftsgewalt erhob.¹²

Das änderte sich, als sich im 17. und 18. Jahrhundert fast überall in Europa die absolute Monarchie durchsetzte. Absolutismus ist eine Staatsform, bei der die gesamte Staatsgewalt ungeteilt und von keiner Mitwirkung der Stände beschränkt in der Hand eines Herrschers liegt.¹³ Der Herrscher, der König oder Landesherr, ist alleiniger und uneingeschränkter Träger – oder, in Anlehnung an Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ausgedrückt: Ausgangspunkt – der staatlichen Gewalt.¹⁴ Es galt: *Princeps legibus (ab)solutus est* – der Herrscher, an kein Recht gebunden, genoss uneingeschränkte Befugnisse.¹⁵ Seine Gewalt stammte nicht vom Volk, sondern „von Gottes Gnaden“: Alle Gewalt ging von Gott aus. Diesseits war damit der Herrscher Ursprung der Staatsgewalt und also Ursprung allen Rechts. Mit den Bewohnern seines Landes war er nicht durch gegenseitige Treueverhältnisse verbunden, wie sie zwischen Lehensherren und Lehensmannen im Mittelalter bestanden.¹⁶ Stattdessen gab es nur ein allgemeines Untertanenverhältnis. Statt Personalhoheit stand Territorialhoheit im Vordergrund.¹⁷ Der Herrscher konnte wie selbstverständlich

⁸ Heller, Staatslehre, S. 126 f.; Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, S. 56, vgl. S. 310; Zippelius, Allgemeine Staatslehre, § 9 II (S. 61).

⁹ G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 254.

¹⁰ Kriele, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 129 (142).

¹¹ Kimminich, Verfassungsgeschichte, S. 76 f.

¹² Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 10, 11; ders., Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 395 (397, 399); Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, S. 42. Vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 19 ff., der betont, dass die Rechte im Feudalismus nicht dem Individuum, sondern Korporationen wie den Ständen oder Konfessionen zukamen.

¹³ Frotzcher / Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 106.

¹⁴ Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 197.

¹⁵ Grimm, in: ders. (Hrsg.), Einführung, S. 40 (47); Kimminich, Verfassungsgeschichte, S. 242; E. Stein / Frank, Staatsrecht, § 2 I (S. 7).

¹⁶ Siehe oben im Fließtext bei Fn. 6.

¹⁷ Doebling, Allgemeine Staatslehre, Rn. 36; Kimminich, Verfassungsgeschichte, S. 243 f.

alle Gewalt in Anspruch nehmen, die er für seine Aufgabe, den Schutz von Frieden und Recht, benötigte. Dazu gehörte die große Politik einschließlich der Entscheidung über Krieg und Frieden, aber auch die Rechtsetzungsgewalt einschließlich der Suspendierung von Gesetzen sowie des Dispenses von ihrer Beachtung. Die Staatsgewalt kannte keine Grenzen.¹⁸

Charakteristisches Merkmal der deutschen Verfassungsgeschichte, im Gegensatz etwa zur italienischen, französischen oder englischen, ist es, dass die Souveränität als Eigenschaft der Fürsten in den zahlreichen Territorien lag, statt als Eigenschaft des Monarchen zentral aufgehoben zu sein.¹⁹ Die (größeren) Territorien konnten sich zu absoluten Herrschaften entwickeln, obschon sie immer noch durch das Reich belehnt waren. Der Landesherr erwuchs vom Lehensträger, der in seinem Gebiet mit den wesentlichen Rechten bloß betraut war, zu einem unabhängigen Fürsten.²⁰ Absolute Herrschaft konzentrierte, zentralisierte und bündelte die ehemals zerstreuten politischen Herrschaftsbefugnisse zu einer einheitlichen und umfassenden politischen Herrschaftsgewalt: Gerichtsbefugnisse, das Gesetzgebungsrecht, der Befehl über Polizei und Heer wurden, zum Nachteil der Stände, allein Sache des Fürsten. An die Stelle der vielen Herrschaftsbeziehungen des Einzelnen trat die eine Herrschaftsbeziehung des Untertanen zur Obrigkeit.²¹

Die Zentralisierung der Herrschaftsgewalt mag die Annahme nahe legen, dass der Staat – in der Person des Monarchen und seiner Beamten – der Gesellschaft gegenüberträte,²² existierte doch immerhin eine Ständerversammlung. Dem war nicht so. Die Versammlung durfte ohnehin nur auf Initiative des Herrschers tagen, und die Mitgliedschaft war eine individuelle Berechtigung. Die Mitglieder vertraten niemanden anders als sich selbst, und noch lange nahmen imperativ mandatierete Untertanen gewohnheitsrechtlich privilegierte Partikularinteressen wahr. So konnte das Ständewesen die Gesellschaft nicht definieren.²³ Der Absolutismus begriff nicht nur den Herrscher als Verkörperung des Staates, was Louis XIV. verdichtete zu „L'État c'est moi“. Daneben galt, um es mit Thomas Hobbes zu sagen: „rex est populus“.²⁴ Staat und Gesellschaft fielen in der Person des Herrschers zu-

¹⁸ Ermacora, Allgemeine Staatslehre, S. 390; Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, S. 48.

¹⁹ Für das Deutsche Reich werden 1.800 Herzog- und Fürstentümer sowie Freie Städte gezählt, so Fleiner / Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, S. 429.

²⁰ Frotischer / Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 106; Kimminich, Verfassungsgeschichte, S. 201 f.; Menger, Verfassungsgeschichte, Rn. 61.

²¹ Angermann, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (115); Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 395 (397, 399); ders., Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 10, 11; Haller / Kölz, Allgemeines Staatsrecht, S. 4.

²² Zippelius, Allgemeine Staatslehre, § 27 I (S. 267).

²³ Frotischer / Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 103, 105 f.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 571; Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 314; Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, S. 216 ff.

sammen, waren eins. Nicht nur die Wirtschaft war Sache des Königs, der Herrscher bestimmte auch die Religion. „Cuius regio, eius religio“, wie es im Augsburger Religionsfrieden von 1555 hieß.²⁵ Die Untertanen hatten der Obrigkeit nicht nur zu gehorchen, sondern auch zu glauben wie sie. Der Territorialstaat war Konfessionsstaat,²⁶ gesellschaftliche Macht zugleich politische Macht, und ein staatsfreier Raum in der Gesellschaft undenkbar.²⁷ Mit der Zentralisierung der Herrschaftsgewalt war also nur der erste Schritt getan. Um Staat und Gesellschaft zu trennen, musste als zweites die Herrschaftsgewalt von der Person des Herrschers gelöst werden.

§ 2 Entpersonalisierung der Staatsgewalt in der konstitutionellen Monarchie

Der Übergang von der absoluten zur konstitutionellen Monarchie, bewirkt durch die Ideen der Aufklärung, vollzog sich allmählich. Die konstitutionelle Monarchie unterschied sich von der absoluten durch die Bindung des Monarchen an eine (meist geschriebene) Verfassung (lat. *constitutio*). Sie begrenzte die Herrschaftsgewalt des Monarchen, selbst wenn sie noch als eine Art Geschenk, als Zugeständnis des Monarchen, aufgefasst wurde, mit der er sich freiwillig selbst beschränkte. Jedenfalls der Formel nach teilten sich nun Monarch und Volk die Eigenschaft, Träger der Staatsgewalt zu sein.²⁸

Der im 18. Jahrhundert aufgekommene Begriff „Aufklärung“ bezeichnet die vorherrschende geistige Strömung, in der die Überwindung des christlich geprägten mittelalterlichen Weltbildes zum Durchbruch kam. Sie stellt, wie Immanuel Kant es zur „Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?“²⁹ betonte, den Verstand, die Vernunft, die *ratio* in den Mittelpunkt: Freiheit als geistige Mündigkeit. Von den Gedanken der Aufklärung ließ sich mancher Monarch beeinflussen. Friedrich II. von Preußen, schon zu Lebzeiten „der Große“ genannt und als Pro-

²⁴ „Der König ist das Volk“, so *Hobbes*, *De Cive*, Kap. XII, Abschn. 8 (1642), deutsch: Vom Bürger, S. 199; vgl. v. *Arnim*, Staatslehre, S. 19 f.; *Ehmke*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 241 (249).

²⁵ Vgl. nur *Kriele*, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 129 (143) sowie, zur Bedeutung von Säkularisierung und Konfessionalisierung für die Entstehung des Staates, *H. Dreier*, in: Siebeck (Hrsg.), *Artibus ingenuis*, S. 133 ff.

²⁶ *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre III: Staatsrechtslehre, S. 62; *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 51, 57, 259; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 20 I (S. 177).

²⁷ *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 183; *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 31 Rn. 3. Kritisch zur Vorstellung von der Staatsfreiheit der Gesellschaft *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 148 ff.

²⁸ *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 198, der diese Deutung des Staates „heute unbestritten“ sieht. A.A. noch *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 554 ff., 699 ff.

²⁹ *Kant*, Berlinische Monatsschrift vom 30. 9. 1784, zitiert nach Hinske (Hrsg.), Was ist Aufklärung?, S. 452 ff.

totyp des aufgeklärten Monarchen bezeichnet,³⁰ erklärte: „Le roi [est] le premier serviteur de l'État“³¹. Damit weist er den Staat als Gegenstand der Herrscherpflichten aus. Das trennt den Staat von der Person des Herrschers, lässt ihn über sie erwachsen.³² Der Herrscher dient einer anderen Person, dem Staat, der Eduard Albrecht folgend als eigene Rechtspersönlichkeit begriffen wurde. Das sollte ausdrücken, dass der Staat mehr ist als „die Summe individueller Interessen des Herrschers und der Unterthanen“ (mit den Worten Rousseaus: *volonté de tous*, Gesamtwille³³), dass er „ein höheres, allgemeines Gesamtinteresse“ (*volonté générale*, Gemeinwille³³) bildet.³⁴ Der Herrscher, eine „Institution des Staates“³⁵, waltete, wie wir heute sagen würden, als „Organ“³⁶ der juristischen Person namens Staat. Als Träger der Souveränität erscheint von nun an der Staat. Der Monarch hatte die persönliche, absolute Souveränität verloren, aber war Inhaber der unumschränkten obersten Gewalt geblieben. Nach wie vor personifizierte der Monarch das staatliche Ganze. Der Herrscher lenkte den Staat noch, doch die Person des Herrschers war auswechselbar geworden.³⁷ Die Aufgaben und Befugnisse des Herrschers wurden so zusammengefasst, dass sie die Person ihres ursprünglichen Trägers überdauerten und auf einen anderen übergehen konnten. Entstanden war, was wir heute mit dem Begriff des Amtes (im Gegensatz zu Amtsträger bzw. – synonym – Amtswalter) belegen und was der französische Rechtsspruch „Le roi est mort, vive le roi!“ einprägsam zusammenfasst.³⁸

³⁰ Stern, Staatsrecht Bd. V, § 125 IV 2 d (S. 107); vgl. Willoweit, Verfassungsgeschichte, § 26 III 1 (S. 247). Friedrich II. inszenierte sich freilich gekonnt. Der gute Ruf Preußens etwa in Zensurfragen geht zurück auf seine berühmte Anweisung, der „Berlinischen Privilegierten Zeitung“ Freiheit zu lassen, weil „Gazetten wenn sie interessant seyn sollten nicht geniret werden müßten“ (1740). Weniger bekannt ist, worauf Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, S. 392, hinweist, dass diese Anweisung nur für den Lokalteil galt und nach sechs Monaten zurückgenommen wurde.

³¹ Etwa in seinem politischen Testament aus dem Jahre 1752, abgedruckt bei Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 126, vgl. auch Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, S. 51.

³² Ehmke, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 241 (256); Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 127; Menger, Verfassungsgeschichte, Rn. 151; H. M. Müller, Deutsche Geschichte, S. 120 ff.; Uerpmann, Öffentliches Interesse, S. 49.

³³ Rousseau, Gesellschaftsvertrag, 2. Buch, 3. Kapitel (S. 31).

³⁴ W. Eduard Albrecht, Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1837, S. 1489–1515 (1508 ff., 1513); zitiert nach J. Ipsen, Staatsorganisationsrecht, Rn. 13; vgl. Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 54, 60, 66; Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, S. 216, 258, 407. Kritisch Haverkate, Verfassungslehre, S. 69; Kersten, Jellinek, S. 34 f.

³⁵ Laufs, Rechtsentwicklungen, S. 173.

³⁶ Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 15; Brunner, Land und Herrschaft, S. 124; J. Ipsen, Staatsorganisationsrecht, Rn. 12.

³⁷ Angermann, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (126 f.); Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 12 ff.; Ermacora, Allgemeine Staatslehre, S. 928; Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 119 ff., 146; Menger, Verfassungsgeschichte, Rn. 98; Willoweit, Verfassungsgeschichte, § 171 (S. 151).

In der Herrschaftsbeziehung bildeten nach wie vor die Beherrschten, die Untertanen, die eine Seite. Auf der anderen Seite befand sich nun aber nicht mehr der Monarch, sondern der Staat als eigenständige Größe. So standen Staat und Gesellschaft einander erstmals gegenüber – allerdings nicht auf Augenhöhe: Der Staat schaute auf die Gesellschaft herab, denn die Personifikation hatte ihn in die Rolle des überlegenen Teils erhoben.³⁹ All das kommt in den berühmten §§ 1–4 in Teil II, Titel 13 des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 zum Ausdruck; sie lassen die Herausbildung der bürgerlichen Gesellschaft⁴⁰ erkennen.⁴¹ Im System der absoluten Monarchie bewirkte die Identifizierung des Staates mit dem Monarchen die völlige Trennung zwischen dem Staat und den gesellschaftlichen Kräften.⁴²

Die Entpersönlichung der Staatsgewalt fußt auf der naturrechtlichen Vertragstheorie, die vor allem Christian Wolff⁴³ und Samuel Pufendorf⁴⁴ ausgebaut haben.⁴⁵ Nicht mehr aus göttlicher Quelle floss die Herrschaftsgewalt, sondern aus einem vertraglichen Zusammenschluss freier und gleicher Individuen. Ein Vertrag gebar den Staat als eigenständige Größe, ein Vertrag übertrug ihm Herrschaftsgewalt, und ein Vertrag gab ihm die Zwecke seiner Tätigkeit vor, etwa die Beförderung des leiblichen, geistigen, sittlichen und allgemeinen Wohls sowie Ruhe und Sicherheit⁴⁶ im Innern.⁴⁷ Diese Staatszwecke sind es, auf die der Monarch die

³⁸ Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 96 f.

³⁹ Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 14 Fn. 21; ders., Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 395 (398, 399); Ehmke, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 241 (258); Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 119, 146; Hattenhauer, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 492; Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 39; Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 275 (S. 431).

⁴⁰ Der Begriff der bürgerlichen Gesellschaft stammt von Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. von Hoffmeister (Sämtliche Werke Bd. XII), § 157 (S. 149), §§ 182 ff. (S. 165 ff.). Zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft bei Hegel vgl. Kingreen, Sozialstaatsprinzip, S. 83 ff.

⁴¹ Sie sind abgedruckt etwa bei Hattenhauer, Landrecht, S. 595, und bei Laufs, Rechtsentwicklungen, S. 173.

⁴² Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 14 Fn. 21; ders., Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 395 (398, 399); Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 119, 146; Kimminich, Verfassungsgeschichte, S. 299 f.; kritisch Heller, Staatslehre, S. 110 („untauglicher Versuch, die bürgerliche Gesellschaft mit dem preussischen Absolutismus begrifflich zu vereinen“).

⁴³ Biographisches bei Hof, in: Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen, S. 446 ff., und bei Timme, JuS 2004, S. 1042 ff., m. w. N.

⁴⁴ Biographisches bei Wolf, Rechtsdenker, S. 311 ff.

⁴⁵ Angermann, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (117); Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 122; Hattenhauer, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 50 f.; Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 51; Laufs, Rechtsentwicklungen, S. 173; Menger, Verfassungsgeschichte, Rn. 148, 180; Timme, JuS 2004, S. 1042 (1044).

⁴⁶ Zur Diskussion über die Balance von Sicherheit und Freiheit nach dem 11. September 2001 vgl. nur Hoffmann-Riem, ZRP 2002, S. 497 ff.

Ausübung der Staatsgewalt zu beschränken hatte.⁴⁸ Weil aber Staatszweck umfassende Glückseligkeit⁴⁹, die Beförderung jedes Wohls der Untertanen war, umfasste der deswegen so genannte Wohlfahrtsstaat⁵⁰ alle Facetten des Gemeinschaftslebens. Dem Landesherrn oblag allumfassende Fürsorge. Einschlägige Gesetze, die unter dem Begriff „Policeyordnungen“⁵¹ zusammengefasst wurden, befassten sich mit Religion, Sittlichkeit, Sicherheit und Ordnung, Landwirtschaft, Gewerbe, Handel, Verkehr, Bauwesen, Kultur und Wissenschaft, Fremden, Armen und Fürsorge. Policey leitet sich vom griechischen „Politeia“ (Gemeinwesen) her und meint schlicht Innenpolitik im Interesse des allgemeinen Wohls. Die Regelungsmacht des Landesherrn, durch die Staatszwecke nicht wirklich eingeschränkt, kannte keinerlei tragfähige Beschränkungen. Nichts, weder Grundrechte noch andere subjektive Rechte, hatte ihr der Bürger entgegenzusetzen.⁵²

§ 3 Konturierung der Gesellschaft im Licht des Wohlfahrtsstaats

Gegen den ursprünglich alle Seiten des Gemeinschaftslebens umfassenden Wohlfahrtsstaat begannen die Bürger vorzudringen, immer weiter, und machten ihm so ein Gebiet nach dem anderen streitig. Sie organisierten die vom Staat geschiedene, aus ihm herausgelöste Gesellschaft als eine Genossenschaft, als gleichberechtigte, freiwillige Gemeinsamkeit aller im Sozialverband zusammengefassten Menschen. Neben den Staat und die durch ihn verkörperte politische Ordnung trat eine eigenständige Lebenssphäre.⁵³ Diese Entwicklung lässt sich in den Bereichen

⁴⁷ Von einem Vertrag als Mittel zur Übertragung der Gewalt durch das Volk an den Herrscher war schon früh die Rede, etwa bei *Thomas v. Aquin* (vgl. *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 49 Fn. 26). Zunächst ging es nur um das Entstehen der staatlichen Herrschaft (Herrschaftsvertrag), später kam der Gesellschaftsvertrag hinzu, vgl. *Völkman*, in: *Friauf / Höfling* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 5 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001); siehe auch *Engländer*, Jura 2002, S. 381 ff.; *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 47, 68. Kritisch zur Vertragstheorie *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, S. 35 f.

⁴⁸ *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (126 f.); Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 12 ff.; *Frotscher / Piero*, Verfassungsgeschichte, Rn. 119 ff., 146; *Laufs*, Rechtsentwicklungen, S. 173; *Menger*, Verfassungsgeschichte, Rn. 98; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 13 IV (S. 118 f.), § 25 II 2 (S. 237 f.).

⁴⁹ *Stolleis*, in: Vierhaus (Hrsg.), Bürger und Bürgerlichkeit, S. 69.

⁵⁰ Kritisch gegenüber dem Begriff *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 249.

⁵¹ Vgl. *Piero* / *Schlink / Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 1 Rn. 3, mit dem Inhaltsverzeichnis der „Römischen Keyserlichen Maiestat reformirte und gebesserte Policey Ordnung“ von 1577 als eindrucksvollem Beispiel.

⁵² *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 247; *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 300.

⁵³ *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (122); *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 262 f.; *Rupp*, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 31 Rn. 3.

Wirtschaft und Religion besonders anschaulich illustrieren. Auf dem Gebiet der Religion brach der Toleranzgedanke mit dem Grundsatz „cuius regio, eius religio“; die aufgeklärte Forderung nach Religions- und Gewissensfreiheit erreichte den absolutistischen Staat, namentlich Friedrich den Großen in Preußen (in dessen Staate „jeder nach seiner Façon selig werden“ sollte⁵⁴) sowie Joseph II. und Maria Theresia in Österreich.⁵⁵

Wirtschaftlich hatte sich, unter dem Schutz und der Förderung des Merkantilismus, ein bürgerliches Unternehmertum gebildet. Merkantilismus meint die Bestrebungen des Staates, die Wirtschaft mit politischen Mitteln zu fördern, die Produktivkräfte gezielt zu entfalten und durch „Manufakturen“ selbst unternehmerisch tätig zu werden, um die Staatseinnahmen zu steigern.⁵⁶ Die staatliche Reglementierung, die mit dem Schutz und der Förderung einhergegangen war, empfand das bürgerliche Unternehmertum nun zunehmend als lästig. Es forderte Laissez-faire-Liberalismus und setzte – im Gefolge von Adam Smith, der den Merkantilismus bereits 1776 kritisiert hatte⁵⁷ – auf die ordnende Funktion des Marktes durch das freie Spiel der Kräfte. Der Staat sollte, nachdem er alle Handelshemmnisse beseitigt hatte, jeden reglementierenden Eingriff unterlassen, auf dass das Wirtschaftsleben bestens gedeihe. Der Bürger wollte nicht für jedes neue Unternehmen eine Konzession einholen. Denn das implizierte, dass der Handlungsbereich eigentlich dem Staat zustünde. Was nur konzediert war, konnte auch wieder genommen werden. Demgegenüber wollte der Bürger eigene, unentziehbare (Gewerbe-)Freiheit haben. Es galt, die Staatsaufgaben zu reduzieren, um gesellschaftlichen Raum individueller Selbstentfaltung freizusetzen.⁵⁸

Ausdruck fanden die gesellschaftliche Selbstregulierung und ihr Schutz gegenüber staatlichen Eingriffen in den bürgerlichen Freiheitsrechten der frühen deutschen Verfassungen. In Preußen hatten schon die Stein-/Hardenberg'schen Reformen den Einstieg in die Berufs-⁵⁹ und Gewerbefreiheit⁶⁰ gebracht.⁶¹ Die Auf-

⁵⁴ *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (126 f.); *Menger*, Verfassungsgeschichte, Rn. 147; *H.M. Müller*, Deutsche Geschichte, S. 122. Wörtlich schrieb der König an den Rand einer Anfrage v. 22. 6. 1740: „Die Religionen Müsen alle Tollerieret werden, und Mus der Fiscal nuhr das Auge darauf haben, das keine der anderen abtrug Tuhe, de hier mus ein jeder nach Seiner Fasson Selich werden“ (zitiert nach *Büchmann*, Geflügelte Worte, S. 411).

⁵⁵ *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (122); *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 118 f.; *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 53; *H.M. Müller*, Deutsche Geschichte, S. 121 f.; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 26 IV 1 (S. 248 f.).

⁵⁶ *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (124); *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 108; *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 338 f.

⁵⁷ *Smith*, *Wealth of Nations*, 1. Aufl. 1776, 5. und letzte Aufl. 1789; vgl. dazu v. *Arnim*, Staatslehre, S. 38 ff.

⁵⁸ *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 267; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 25 II 2 (S. 238); vgl. *Badura*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Kap. Rn. 1, 15; *Kersten*, Jellinek, S. 426.

gaben der Polizei wurden auf die Gefahrenabwehr begrenzt. Öffentliche Ordnung im Sinne der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel des § 10 in Teil II, Titel 17 des Preußischen Allgemeinen Landrechts⁶² heiße nicht, entschied das Preußische Oberverwaltungsgericht 1882 im Kreuzbergurteil, dass die Polizei für das öffentliche Wohl zu sorgen habe, für die allgemeine Glückseligkeit.⁶³ Das läutete die Wende vom absolutistischen Wohlfahrtsstaat zum bürgerlichen Rechtsstaat ein.⁶⁴

In der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1787 und durch die französische Revolution 1789 wurde das Institut der Staatsbürgerschaft eingeführt. Das hat den Untertan zum Staatsbürger befördert. Die Staatsbürgerschaft wurde nicht mehr als ein Treueverhältnis, sondern als ein Status angesehen. Der Einzelne konnte den Fiskus von nun an sogar vor Gericht bringen, wo er ihm gleichberechtigt gegenüber stand.⁶⁵ Die Grundrechte konturierten eine eigenständige Lebenssphäre neben dem Staat, indem sie dem Anspruch der Staatsgewalt Grenzen zogen: namentlich die Eigentumsfreiheit,⁶⁶ aber auch die Freiheiten des Gewerbes⁶⁷, der Wissenschaft, der Kunst und der Religion. Die Grundrechte dienten der bürgerlichen Welt, ihre Interessen zu verteidigen, gleichviel, ob die Verfassung, in denen sie enthalten waren, als einseitiger Gnadenakt des Monarchen, als dessen Verein-

⁵⁹ § 2 des Edikts den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigentums sowie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner betreffend vom 9. 10. 1807 als Teil der sog. Bauernbefreiung des Freiherrn vom Stein, vgl. zu den dramatischen Auswirkungen *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 184 ff., 326 ff., und *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 304 f.

⁶⁰ § 1 des Gewerbesteuer-Edikts vom 28. 10. 1810, gleichfalls als Teil der Bauernbefreiung, vgl. *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 203; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 28 III 3 (S. 274 f.), § 33 II 2 (S. 320 f.).

⁶¹ Die Reformen schufen auch in Preußen die Erbuntertänigkeit ab und beseitigten so die letzten Reste der lehensrechtlichen Gesellschaftspyramide. Die Bauern gelangten von der Erbuntertänigkeit in ein unmittelbares Verhältnis zum Staat. Vorher waren sie nicht Staatsuntertanen, sondern nur Gutsuntertanen gewesen, mit dem Staat nur mittelbar durch ihren Gutsherrn verbunden (*Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 304 f.).

⁶² „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Policy“, zitiert nach *Hattenhauer*, Landrecht, S. 626; vgl. auch PrOVGE 9, 353 (370, 374).

⁶³ PrOVGE 9, 353 (374 ff.).

⁶⁴ *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 280 (S. 444 f.).

⁶⁵ *Ermacora*, Grundriß einer Allgemeinen Staatslehre, S. 176, 1082; vgl. *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 60 f., 209.

⁶⁶ Vgl. Art. 2 und 17 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. 8. 1789 und *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 65. Die Garantie des Eigentums fand sich schon in den ersten europäischen Kodifikationen bürgerlichen Rechts, im Westgalizischen Gesetzbuch von 1797, im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, im Code Civil Napoléon von 1804 und im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 (*Ermacora*, Grundriß einer Allgemeinen Staatslehre, S. 36).

⁶⁷ Im Einzelnen *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, S. 15 ff.

barung mit dem Volk oder gar als Ausdruck der Volkssouveränität gedeutet wurde.⁶⁸

Die Aufklärung begründete danach mit dem Gedanken der Menschen- und Bürgerrechte zugleich den neuzeitlichen Staat. Die Respektierung individueller Rechte hatte zwar schon immer zum Wesen einer jeden Rechtsordnung gehört: im Spätmittelalter durch die Rechtsgewährungen in Herrschaftsverträgen, in der absolutistischen Zeit durch die „wohl erworbenen Rechte“⁶⁹; immerhin galten schon die Privilegien der Untertanen und Korporationen als „Freiheiten“. Aber erst die Aufklärung ließ den Gedanken reifen, dass die aus dem Naturzustand in den status civilis hinüber geretteten Individualrechte gerade auch vom Staat zu respektieren waren.⁷⁰

Stehen sich Staat und Gesellschaft als zwei Sozialverbände gegenüber, stellt sich die Frage nach dem Anteil der Gesellschaft an der staatlichen Entscheidungsgewalt. Bisher war nur von den bürgerlichen und geistigen Freiheiten die Rede, und in der Tat: Auf die Abwehr der „Eingriffe in Freiheit und Eigentum“,⁷¹ auf staatsfreie Sphären, auf Freiheit vom Staat war die deutsche Aufklärung beschränkt. Eine Ausdehnung auf politische Freiheit fand nicht statt, an der Ausbildung der Staatsgewalt nahm der Untertan nicht teil, Mitbestimmung, Mitregierung, Freiheit innerhalb des Staates und durch den Staat gab es nicht.⁷² Der aufgeklärte Absolutismus hatte dem staatsfremden Bürgertum einen apolitischen Innenraum eingerichtet, ohne eine demokratische Durchdringung des Staates zu erlauben.⁷³ Der Staat war von der Gesellschaft organisatorisch und institutionell getrennt. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft wurde als ein Gegenüber,

⁶⁸ *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 361.

⁶⁹ Ein Recht ist „wohl“ erworben, wenn der Erwerb rechtmäßig war. Der Begriff „erworbenes Recht“ stammt aus dem Ideenkreis des Naturrechts und bezeichnete ursprünglich den Gegensatz zum sog. angeborenen Recht. Er war noch in der Weimarer Reichsverfassung enthalten. Deren Art. 129 Abs. 1 S. 3 bestimmte: „Die wohlerworbenen Rechte des Beamten sind unverletzlich“; vgl. auch *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, S. 132 ff., *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 21 f.

⁷⁰ *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 291; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 25 II 4 (S. 239 f.).

⁷¹ *Menger*, Verfassungsgeschichte, Rn. 235. Nach der naturrechtlichen Lehre folgte die Beschränkung auf die Abwehr von Eingriffen in Freiheit und Eigentum aus der Vorstaatlichkeit des Eigentums, das der Staat zu schützen und nicht anzutasten habe, vgl. *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 109 (124). Ausgangspunkt ist die englische Formulierung von „Liberty and Property“, so *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 49.

⁷² *Böckenförde*, Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 395 (403); *Ehmke*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 241 (258); *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 114; *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 263 f.; *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 31 Rn. 4; *Schlink*, NJW 1983, S. 1137 (1138 Fn. 10).

⁷³ Zur inneren Spannung, die der Begriff „aufgeklärter Absolutismus“ formuliert, vgl. *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 134.

nicht als ein Miteinander empfunden. Die Trennung, ein beziehungsloser Dualismus, kennzeichnet im 19. Jahrhundert das Verhältnis von Staat und Gesellschaft.⁷⁴ Diese beiden Sozialverbände sollten nebeneinander existieren, bis die Gesellschaft im zwanzigsten Jahrhundert stark genug war, den Staat zu unterwerfen.⁷⁵

§ 4 Wechselwirkungen zwischen Staat und Gesellschaft

Erst die Novemberrevolution des Jahres 1918 beendete die Monarchie in Deutschland. Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte die Begeisterung für den Kaiser merklich abgenommen.⁷⁶ Der Kriegausbruch brachte zwar noch einmal einen Umschwung zu seinen Gunsten, weil man das Vaterland ungerechtfertigt angegriffen sah, aber je mehr die Verluste zunahmen, je länger der Krieg dauerte und je weiter der Sieg in die Ferne rückte, desto ausgeprägter kehrte die Ablehnung zurück.⁷⁷ Die Meuterei brach aus, als Matrosen der Marine Ende Oktober 1918 den Befehl erhielten, gegen England auszulaufen, obwohl die Oberste Heeresleitung bereits am 14. August die Fortführung des Krieges für aussichtslos erklärt und Prinz Max von Baden, zum Reichskanzler ernannt, deren Ersuchen um sofortigen Waffenstillstand schon unterzeichnet hatte.⁷⁸ Als die Matrosen durch das Brandenburger Tor in Berlin einzogen,⁷⁹ sprang der revolutionäre Funke über. Es kam zum Generalstreik, und Arbeiter und Soldaten bildeten in vielen Großstädten Räte, die auf lokaler Ebene die politische Führung übernahmen.

Unter dem Druck der Ereignisse entschloss sich der Kaiser, Wilhelm II., zur Abdankung, die der Reichskanzler am 9. November 1918 gegen 12 Uhr mittags bekannt gab. Gegen 14 Uhr rief der Sozialdemokrat Philip Scheidemann von einem Fenster des Reichstages die Republik aus. Karl Liebknecht, schon bald einer der Führer der KPD, tat es ihm zwei Stunden später vom Balkon des Berliner Stadtschlosses nach. So endete die Monarchie in Deutschland.⁸⁰ Was nach der Abdan-

⁷⁴ Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 19 f.; Hesse, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 484 (489); Smend, Bürger und Bourgeois, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 309 (314). Vgl. auch Kahl, Jura 2002, S. 721 (722) mit weiteren Modellen. Menger, Verfassungsgeschichte, Rn. 91, 114, 231 (S. 119), weist darauf hin, dass der Begriff des Dualismus von Staat und Gesellschaft auf Otto v. Gierke zurück gehe; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 53, nennt R. Mohl. Zu Schmitts Rolle seit 1933 vgl. zuletzt Rüthers, NJW 2000, S. 2866 (2867 ff.), ders., NJW 1999, S. 2861 ff. m. w. N.

⁷⁵ Hattenhauer, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 263.

⁷⁶ Vgl. Stern, Staatsrecht Bd. V, § 129 IV 2 a (S. 563 f.).

⁷⁷ Kimminich, Verfassungsgeschichte, S. 477 f.; Stern, Staatsrecht Bd. V, § 129 IV 2 a (S. 564 f.).

⁷⁸ Henschel, in: Conze / Henschel, Deutsche Geschichte, S. 282 (282).

⁷⁹ Vgl. Conze, in: ders. / Henschel, Deutsche Geschichte, S. 225 (236).

kung des deutschen Kaisers und der Fürsten der Einzelstaaten im November 1918 Realität geworden war, hat die verfassunggebende Nationalversammlung anschließend positiviert. Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 beginnt mit der Aussage: „Das Deutsche Reich ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.“⁸¹ Nachdem die konstitutionelle Monarchie den Untertanen zum Bürger gemacht hatte, also zu jemandem, der zwar Rechte eines Mitglieds der Staatsverfassung hatte, aber nicht politisch mitwirken durfte, verwandelte das Recht auf politische Mitbestimmung den Bürger endlich in den Staatsbürger.⁸² Die Demokratie, so lässt es sich zusammenfassen, hat die Staatsgewalt vergesellschaftet.

Geistesgeschichtlich war es Kants „Kritik der reinen Vernunft“, welche „die Lunte an die Gemeinwohldoktrin seiner Zeit gelegt“ hat.⁸³ Darin zeigt er, dass es im Gegensatz zur Auffassung Christian Wolffs nicht möglich ist, mit den Operationen der Vernunft a priori ein System inhaltlich bestimmter Rechtssätze zu errichten. Der Staat als solcher hat keine Kompetenz, über den einzuschlagenden politischen Weg zu entscheiden, weil Politik keine Frage von richtig und falsch, sondern von Meinung und Wertentscheidung ist. Mit der Ablösung des monarchischen durch das demokratische Prinzip hat sich die Grundstruktur des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft gewandelt. Durch die Revolution von 1918 verlor der Adel seine Vormachtstellung im Staat und hat die Lehre vom Gesellschaftsvertrag auch praktisch ihre Verwirklichung gefunden. Das Volk ist nun auch tatsächlich Autor und Souverän aller Staatsgewalt geworden; die Gesellschaft rangiert nicht mehr außerhalb des Staates, sondern ist dessen Inhaberin und Schöpferin.⁸⁴ Zu den bürgerlichen Freiheiten sind politische Freiheiten hinzugekommen. Neben die Grundrechte als Abwehrrechte sind Grundrechte auf Teilhabe am Staat getreten. So steuert die Gesellschaft den Staat.⁸⁵

Umgekehrt steuert der Staat auch die Gesellschaft, und zwar nicht nur durch Befehl und Zwang, sondern heutzutage immer mehr auch durch Appell und Suggestion, wie sie aus der Öffentlichkeitsarbeit des Staates bekannt sind, durch Information und Kommunikation, wozu die Warnhinweise gehören, die etwa in Bezug auf Arzneimittel, Sekten und Wein gegeben wurden,⁸⁶ durch Kooperation und Ver-

⁸⁰ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 471 f., 481; *Kimminich*, Verfassungsgeschichte, S. 480 f.; *Menger*, Verfassungsgeschichte, Rn. 337; *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 37 I (S. 356 ff.).

⁸¹ RGBL 1919, S. 1383 ff.; abgedruckt bei Boldt (Hrsg.), Reich und Länder, S. 490 ff.

⁸² *Stolleis*, in: Vierhaus (Hrsg.), Bürger und Bürgerlichkeit, S. 65 (70, 85).

⁸³ *Willoweit*, Verfassungsgeschichte, § 25 III (S. 241).

⁸⁴ *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 31 Rn. 17.

⁸⁵ Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 145 („der Staat ist Emergens der Gesellschaft“).

⁸⁶ BVerfGE 105, 252 ff. – Glykol-Wein; BVerfG-K, NJW 1989, S. 3269 ff. – Jugendsekte; BVerwGE 71, 183 ff. – Arzneimittel-Transparenzliste; BVerwGE 82, 76 ff. – Jugendsekte; BVerwGE 87, 37 ff. – Glykol-Wein.

handlung etwa bei der Aufstellung der technischen Regelwerke,⁸⁷ durch Anreize und Prämien, wie etwa das Öko-Audit-System oder das Dosenpfand,⁸⁸ und schließlich durch Belastungen und Steuern, die verhaltenslenkend auf unerwünschte Handlungen erhoben werden.⁸⁹ Die Beispiele sind Legion. Im Rahmen der Wirtschafts- und Sozialordnung erbringt der Sozialstaat Leistungen zur „Daseinsvorsorge“,⁹⁰ gewährt Wohngeld, Umschulungsbeihilfen, Subventionen und richtet Sozialversicherungen ein.⁹¹ Selbst in den „klassischen Funktionssphären“ der Gesellschaft, namentlich im wirtschaftlichen Bereich, agiert der Staat, insbesondere die Kommunen.⁹² Gesellschaftliches Leben ist heute ohne staatliche Gestaltung kaum noch möglich.⁹³ Daher ist an die Stelle einer strikten Trennung von Staat und Gesellschaft eine Wechselbeziehung getreten, Staat und Gesellschaft sind miteinander verflochten,⁹⁴ insbesondere personell, und aufeinander bezogen. Gleichwohl bleiben Staat und Gesellschaft funktionell verschieden.⁹⁵ Der Begriff der „Unterscheidung“ von Staat und Gesellschaft (im Gegensatz zu „Trennung“ oder „Dualismus“) soll diese Verzahnung ausdrücken.⁹⁶

⁸⁷ Siehe zur behördlichen Umweltberatung etwa *Lübbe-Wolff*, NJW 1987, S. 2705 ff., und zum Kooperationsprinzip grundlegend *Rengeling*, Kooperationsprinzip, vgl. nur S. 1, 60, 73 ff., 159 ff.

⁸⁸ Vgl. zum Umweltaudit etwa *Schmid*, Jura 1997, S. 11 ff.

⁸⁹ Zu alledem sowie zu weiteren Kategorien vgl. *Volkmann*, JuS 2001, S. 521 (522 ff.).

⁹⁰ *Menger*, Verfassungsgeschichte, Rn. 358; *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre IV: Staatsideenlehre, S. 32. Der Ausdruck „Daseinsvorsorge“ stammt von *Forsthoff*, vgl. etwa *dens.*, Verwaltungsrecht I, S. 10, 368 ff., 567 f. Zu dessen Konzeption siehe *Kingreen*, Sozialstaatsprinzip, S. 102 ff.

⁹¹ *Kausch*, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 1 (35).

⁹² *Burmeister*, Grundrechtsverständnis, S. 3. Vgl. zum Grundrechtsschutz gegen die wirtschaftliche Betätigung *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421 ff. (allgemein zur öffentlichen Hand), und *dies.*, NWVB 2003, S. 322 (324 ff.) (insbesondere zu den Kommunen).

⁹³ *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 11.

⁹⁴ v. *Arnim*, Staatslehre, S. 4; *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 19 f.; *ders.*, Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *ders.*, Staat und Gesellschaft, S. 395 (404); *Gostomzyk*, JuS 2004, S. 949 (953); *Haller/Kölz*, Allgemeines Staatsrecht, S. 23; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 145.

⁹⁵ *Brohm*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 36 Rn. 36 f.; *Everts*, Plebiszitäre Unterschriftenaktionen, S. 96; *Hendler*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 106 Rn. 25; *Kahl*, Jura 2002, S. 721 (723); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 145; *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 31 Rn. 29 ff.; *Volkmann*, JuS 1996, S. 1058 (1063); *ders.*, JuS 2001, S. 521 (527).

⁹⁶ v. *Arnim*, Staatslehre, S. 173 f.; *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 8; *Hesse*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 484 (491). Vgl. auch *Everts*, Plebiszitäre Unterschriftenaktionen, S. 96 („Dichotomie“). Anderer Sprachgebrauch bei *Heyen*, Problem des Beliehenen, S. 74. Insgesamt kritisch *Diemert*, Innenrechtsstreit, S. 186 f.

Zweites Kapitel

Geltendes Recht**§ 1 Unterscheidung von
öffentlichem und privatem Recht**

„Die freiheitsstiftende rechtsstaatliche Verfassung steht und fällt mit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft.“⁹⁷ Aus der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft folgt die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.⁹⁸ Das öffentliche Recht ist das „Amtsrecht“⁹⁹ des Staates, sein Sonderrecht, während das Privatrecht „Jedermannsrecht“ ist, das Recht der Gesellschaft.¹⁰⁰

Das Grundgesetz bringt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht an verschiedenen Stellen zum Ausdruck. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG hängt die Gesetzgebungszuständigkeit davon ab, ob das bürgerliche Recht (und nicht das öffentliche Recht) Gegenstand des Gesetzes ist. Gemäß Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Personen zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (und nicht in einem privatrechtlichen Arbeits- oder Angestelltenverhältnis). Gemäß Art. 34 GG kommt es für die Staatshaftung darauf an, ob jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes (und nicht im Zusammenhang mit privatrechtlichem Tätigwerden) handelt.¹⁰¹ Art. 19 Abs. 4 GG schließlich setzt bei der Garantie des Rechtsschutzes logisch wie tatsächlich voraus, dass Staat und Gesellschaft als Subjekt und Objekt der Rechtsverletzung unterschieden sind.¹⁰²

Öffentliches Recht und Privatrecht haben damit ganz unterschiedliche Ausgangspunkte und Funktionen. Privates Recht erlaubt dem Einzelnen, nach eigenen

⁹⁷ *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 21; vgl. *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 20; kritisch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 144, 149 f. Staat und Gesellschaft unterschied das Bundesverfassungsgericht zuletzt im Beschluss vom 26. 10. 2004 – 1 BvR 911/00 u. a. –, Abs.-Nr. 155, www.bverfg.de (Stand: November 2004).

⁹⁸ *Burmeister*, Grundrechtsverständnis, S. 80; *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (237); *Kahl*, Jura 2002, S. 721 (724); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 207; *D. Schmidt*, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 168 Fn. 114, 227.

⁹⁹ *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 22 II c) (S. 99); *H. J. Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 22 Rn. 26.

¹⁰⁰ *Erichsen*, Jura 1982, S. 537 (540); *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 11; *Kahl*, Jura 2002, S. 721 (724); *Scherzberg*, DVBl. 1988, S. 129 (132); *H. J. Wolff*, AöR 76 (1950/51), S. 205 (208); *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 22 II c) (S. 100).

¹⁰¹ *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 12.

¹⁰² *Volkman*, JuS 2001, S. 521 (528).

Vorstellungen und ohne Bindungen zu handeln und zu entscheiden.¹⁰³ Privatrecht geht von der Privatautonomie aus, die dem Einzelnen zusteht, und hat die Aufgabe, Regelungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr und für Interessenskonflikte zwischen Privatpersonen bereitzustellen.¹⁰⁴ Das öffentliche Recht hat dagegen den Staat als Hoheitsträger zum Gegenstand und dient der Begründung und Begrenzung staatlicher Befugnisse.¹⁰⁵ Dementsprechend ist es geläufig, aus der Sicht des Staates formulierend, alle Rechtsnormen über die Rechtsbeziehungen innerhalb der juristischen Person „Staat“ Innenrecht zu nennen. Entsprechend bezeichnet das Außenrecht alle Rechtsnormen über Rechtsbeziehungen der juristischen Person „Staat“ zu außerhalb ihrer selbst stehenden Rechtssubjekten,¹⁰⁶ also Rechtsbeziehungen in die Gesellschaft hinein.¹⁰⁷

§ 2 Unterscheidung von subjektivem Recht und Kompetenz

Aus der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft folgt die Unterscheidung von subjektivem öffentlichem Recht und öffentlich-rechtlicher Kompetenz.¹⁰⁸ Beide Berechtigungen ergeben sich aus dem objektiven Recht,¹⁰⁹ hier dem objektiven öffentlichen Recht. Sie haben gemeinsam, dass sie Gestaltungsspielräume eröffnen. Doch das subjektive Recht ist dem Individuum um seiner selbst willen gegeben,¹¹⁰ ist Selbstzweck.¹¹¹ Es verkörpert die Willensmacht, die Rechtsordnung zur Verfolgung eigener Interessen einzusetzen,¹¹² und ist Ausdruck und Garantie von

¹⁰³ D. Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 169.

¹⁰⁴ BVerfGE 81, 242 (253 f.); Badura, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. I, § 20 Rn. 29; Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 2.

¹⁰⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 13.

¹⁰⁶ Hoppe, Organstreitigkeiten, S. 132 f.

¹⁰⁷ Kritisch Diemert, Innenrechtsstreit, S. 43 ff.

¹⁰⁸ Brohm, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 36 Rn. 36; Burmeister, Grundrechtsverständnis, S. 79; vgl. auch Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 155 ff., 179 ff.; Herrmann, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 64 (am Beispiel der Abgeordneten). Zur Dichotomie von subjektivem Recht und Kompetenz siehe etwa BVerfGE 21, 362 (370 f.), 68, 193 (211), 75, 192 (196) und zuletzt BVerfGE 109, 133 (170); 109, 190 (217). Grundsätzlich anders Diemert, Innenrechtsstreit, S. 186 f., 192 f.

¹⁰⁹ G. Jellinek, System, S. 227 („Die Kompetenz aber ist niemals subjektives, sondern stets objektives Recht“); Scherzberg, DVBl. 1988, S. 129 (130).

¹¹⁰ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Bd. 1, Art. 1 Abs. 3, Rn. 148; H. J. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, § 72 I c 5 (S. 17).

¹¹¹ H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Vorb. Rn. 120; Enders, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, vor Art. 1 Rn. 44 (Stand: Grundwerk 2000); Grimm, Grundrechte, in: ders., Zukunft, S. 67 (69); H. H. Klein, Grundrechte im demokratischen Staat, S. 38, 61, 70 f., 78; vgl. Höfling, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 64 ff., und zu den ideengeschichtlichen Wurzeln dieser Aussagen bei Hegel nur Kingreen, Sozialstaatsprinzip, S. 84.

Freiheit.¹¹³ Dagegen sind Kompetenzen einem Träger staatlicher Gewalt nicht um seiner selbst willen, sondern als Mittel zum Zweck gegeben, nämlich zu dem Zweck, dem Gemeinwohl zu dienen.¹¹⁴ Staatliches Handeln erfolgt ausschließlich in Ausübung von Kompetenzen, nie in Wahrnehmung von Freiheit.¹¹⁵ Stets ist es angewiesen auf Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck,¹¹⁶ und stets unterliegt es der Gemeinwohlbindung¹¹⁷.

Das Gesagte skizziert die liberale, bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie. Sie liegt dieser Abhandlung zu Grunde. Das bedeutet eine Absage an materiale Grundrechtstheorien.¹¹⁸ Diese Theorien unterstellen, dass Freiheit nicht als Selbst-

¹¹² *Badura*, Staatsrecht, S. 6 („Selbstbestimmung“); *Erichsen*, in: ders./Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 30; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Zweites Kapitel, Rn. 69 (S. 81).

¹¹³ *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 263, 312; *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 31 Rn. 31 ff. Das Grundgesetz verwendet den Begriff der Freiheit in der Präambel, in Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 u. 3, Art. 104 Abs. 1, Art. 146 GG, aber auch in Art. 46 Abs. 3 u. 4 GG. Das Bundesverfassungsgericht sieht den Gegensatz von Freiheitsgebrauch und Kompetenzausübung kategorial in BVerfGE 68, 193 (206 ff.).

¹¹⁴ *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 2004, § 31 Rn. 30; *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, § 72 I c 5 (S. 17); vgl. *R. Dreier*, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 95 (114). In einigen Landesverfassungen ist die Gemeinwohlbindung der Staatsgewalt eigens normiert, etwa in *By* Vf Art. 3 Abs. 1 S. 2, vgl. auch Art. 117 S. 2. *RP* Vf Art. 20 verlangt, die körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. *Bm* Vf Art. 9 S. 2 fordert, seine Kräfte zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen. Vgl. dazu *Isensee*, in: v. Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (105); *Roscheck*, Enthaltung, S. 64. Im Bundesrecht spricht vom „gemeinen Wohl“ etwa § 32 Abs. 1 BVerfGG, vgl. dazu *Häberle*, AöR 95 (1970), S. 89 (90 ff.).

¹¹⁵ BVerfGE 61, 82 (101); 68, 193 (206); *Bethge*, Grundrechtsberechtigung, S. 67 f.; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 11; *ders.*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 19; *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 5 f.; *Isensee*, in: v. Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (110); *Kriele*, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 129 (147); *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 98 f.; *D. Schmidt*, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 167. Vgl. *Burmeister*, Grundrechtsverständnis, S. 75, 91; *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (226); *J. Ipsen*, Grundrechte, Rn. 53. Bereits *G. Jellinek*, System, S. 231, betonte, dass „der Begriff des subjektiven Rechtes auf alle wie immer gearteten Funktionen staatlicher Organe unanwendbar ist“. Ebenso *Forsthoff*, Verwaltungsrecht I, § 23 2 b (S. 450), der zudem darauf hinweist, dass die Zuweisung einer Kompetenz der „institutionellen Sphäre“ angehöre, der subjektive Rechte unbekannt seien, a. a. O., § 23 2 c (S. 452).

¹¹⁶ *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 19; *ders.*, Privatrechtsform, S. 86 ff.

¹¹⁷ *Isensee*, in: v. Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (109); *Windthorst*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 9 Rn. 6.

¹¹⁸ Dazu *Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529 (1530 ff.); *Enders*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, vor Art. 1 Rn. 43 (Stand: Grundwerk 2000); vgl. *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 64 ff.

zweck gewährt ist und subjektives Belieben eröffnet, sondern bestimmten, objektiv vorgegebenen Zwecken dient,¹¹⁹ etwa dem politischen Engagement im Interesse der Allgemeinheit. Demgegenüber geht diese Abhandlung davon aus, dass das Grundgesetz im Sinne der liberalen, bürgerlich-rechtsstaatlichen Theorie die Unterscheidung von subjektiven Rechten und Kompetenzen vorschreibt.

A. Gründe

Weil die Unterscheidung von subjektivem öffentlichem Recht und öffentlich-rechtlicher Kompetenz die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, von Individuum und Gemeinschaft reflektiert, lässt sie sich auch aus diesen beiden Perspektiven begründen. Aus der Sicht des Individuums betrachtet, folgt die Unterscheidung aus der Garantie der Menschenwürde.¹²⁰ Aus der Sicht der staatlichen Gemeinschaft ergibt sich die Unterscheidung aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Republikprinzip und dem Demokratieprinzip.¹²¹

Die Unantastbarkeit der Menschenwürde positiviert das Grundgesetz an prominenter Stelle. Art. 1 Abs. 1 GG garantiert die Subjektstellung des Menschen,¹²² indem die Vorschrift es dem Staat verbietet, den Menschen als Objekt zu behandeln.¹²³ Der Staat ist bloß ein Zweck, der Mensch aber ist Selbstzweck.¹²⁴ Denn der Mensch hat den Staat zu dem Zweck geschaffen, ihm – und das heißt: allen Menschen – zu dienen.¹²⁵ Der Staat ist damit, um es mit Art. 1 Abs. 1 in der Fassung des Herrenchiemseeentwurfs zu sagen, „um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“¹²⁶ Daher liegt der Zweck des Staates darin, das Gemeinwohl zu wahren.¹²⁷

¹¹⁹ Vgl. Enders, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, vor Art. 1 Rn. 48 (Stand: Grundwerk 2000).

¹²⁰ Es ist umstritten, ob Art. 1 Abs. 1 GG zu den Grundrechten zählt. Für den Grundrechtscharakter spricht die Stellung der Vorschrift im Abschnitt über die Grundrechte, dagegen der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG, der von den „nachfolgenden“ Grundrechten spricht, vgl. BVerfGE 61, 126 (137); Dürig, AöR 81 (1956), S. 117 (122); Geddert-Steinacher, Menschenwürde, S. 164 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 350; Rau/Schorkopf, NJW 2002, S. 2448 (2448).

¹²¹ Vgl. v. Arnim, in: ders./Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 63 (75), mit weiteren Quellen.

¹²² Häberle, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, § 22 Rn. 52. Der Sache nach ebenso BVerfGE 9, 89 (95); 38, 105 (114 f.).

¹²³ Die „Dürig’sche Objektformel“ etwa bei BVerfGE 9, 89 (95); 38, 105 (114); vgl. Dürig, AöR 81 (1956), S. 117 (127); ders., in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Rn. 28 (Altkommentierung); Robbers, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar Grundgesetz Bd. 1, Art. 1 Rn. 13 ff.

¹²⁴ Vgl. v. Arnim, Staatslehre, S. 128 ff.; Enders, Menschenwürde, S. 176 ff.

¹²⁵ v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 12 f.

¹²⁶ Abgedruckt bei Matz, in: Doemming/Füsslein/Matz, JöR N.F. 1 (1951), S. 48; siehe dazu Kunze, Der Staat 40 (2001), S. 383 (393 ff.), und Roscheck, Enthaltung, S. 50. Obwohl

Aus der Sicht der staatlichen Gemeinschaft lässt sich die Unterscheidung von subjektivem Recht und Kompetenz erstens aus dem Rechtsstaatsprinzip folgern.¹²⁸ Dieses Prinzip gibt gleichfalls vor, dass Träger von Staatsgewalt für sämtliches Handeln der Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck bedürfen.¹²⁹ Das Rechtsstaatsprinzip anerkennt, dass dem Staat – anders als der Gesellschaft – keine Freiheit zukommen kann, sondern dass er nur aufgrund zugewiesener Kompetenzen tätig werden darf.¹³⁰

Zweitens mag das Republikprinzip herangezogen werden. Art. 20 Abs. 1 GG normiert es, indem die Vorschrift von der „Bundesrepublik Deutschland“ handelt. Darin liegt zunächst, formell gesehen, die Abkehr von der Monarchie und anderen lebenslänglichen oder dynastischen Herrschaftsformen.¹³¹ Doch die Vorschrift enthält, wie Hesse herausgearbeitet hat, auch eine materielle Aussage. Der Begriff der Republik bezeichnet die *res publica*, wörtlich die öffentliche Sache, also jenes „gemeine Wesen“, in dem alle öffentliche Gewalt dem Gemeinwohl zu dienen verpflichtet ist.¹³² So gesehen verpflichtet auch das Republikprinzip die Staatsgewalt auf das öffentliche Wohl;¹³³ „willkürliche“, nur aus ihrem Willen gekorene Entscheidungen sind ihr verwehrt.¹³⁴

das Grundgesetz die Wendung nicht enthält, trifft es in der Sache doch diese Aussage, vgl. v. Arnim, Staatslehre, S. 128; Ehlers, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 28; ders., Festschrift E. Stein, S. 125 (141); Frottscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 697; Jestaedt, JuS 2004, S. 649 (652) („freiheitlich-verfassungsstaatliche[s] credo“).

¹²⁷ BVerfGE 42, 312 (331 f.) (wo neben der Menschenwürde auf die Freiheitsrechte des Grundgesetzes abgestellt wird); BVerfGE 49, 89 (132) (wo an die aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG folgende objektiv-rechtliche Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu schützen, angeknüpft wird).

¹²⁸ BVerfGE 50, 50 (51); Ehlers, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 28 (in Verbindung mit den Grundrechten); Roscheck, Enthaltung, S. 47; D. Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 167.

¹²⁹ Ehlers, JZ 1990, S. 1089 (1091); Mann, JZ 2002, S. 819 (820); Pieroth/Hartmann, NVwBl 2003, S. 322 (326).

¹³⁰ Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 98 f.; D. Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 167.

¹³¹ BVerfG-K, NJW 2004, S. 2008 (2011).

¹³² Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 120; ebenso Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 53; Isensee, JZ 1981, S. 1 (3); im Ergebnis auch St. Meyer, Gemeinwohlaufruf, S. 89. Zur Anknüpfung an Art. 14 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 und an Art. 56 GG kritisch ders., a. a. O., S. 20.

¹³³ Frankenberg, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 20 Abs. 1–3 I Rn. 23, 36 (Stand: Grundwerk 2001); Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 53; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 120 f.; Isensee, JZ 1981, S. 1 (8); Löwer, in: ders./Tettinger, Verfassung NRW, Art. 16 Rn. 28; Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, Art. 20 Rn. 14; vgl. auch Schulz-Schaeffer, JZ 2003, S. 554 (560). A.A. H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 20 (Republik), Rn. 19; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 3; Roscheck, Enthaltung, S. 42 f.; Sachs, LKV 2002, S. 249 (250).

Drittens ergibt sich die Unterscheidung noch aus dem Demokratieprinzip. Es beinhaltet, dass der Staat auf das Gemeinwohl verpflichtet ist.¹³⁵ Mit Böckenförde lässt sich dem Prinzip entnehmen, dass der säkulare Staat nicht dem Wahren, Guten oder Schönen zu dienen habe, sondern dem allgemeinen Wohl. Der demokratische Staat hat ausschließlich „für das Volk“, „d. h. in seinem Interesse“, zu handeln.¹³⁶ Das Gebot demokratischer Legitimation, Art. 20 Abs. 2 GG, stellt in den Mittelpunkt, dass die staatliche Herrschaft vom Volk bestimmt wird. Staatliche Herrschaft ist so zur Erledigung der gemeinsamen Angelegenheiten des Volkes organisiert.¹³⁷ Aus allen diesen Gründen ist die Staatsgewalt an das Gemeinwohl gebunden.¹³⁸

B. Konsequenzen

Wenn es darum geht, von einer Berechtigung Gebrauch zu machen, zeitigt die Unterscheidung von subjektivem Recht und Kompetenz Konsequenzen mit Blick auf das Ob, das Wie und das Wer. Ob überhaupt von der Berechtigung Gebrauch zu machen ist, markiert dabei den ersten Unterschied zwischen subjektiven Rechten und Kompetenzen. Weil subjektive Rechte dem Individuum um seiner selbst willen gegeben sind und weil sie deshalb eine Sphäre privater Beliebigkeit eröffnen,¹³⁹ braucht das Individuum von subjektiven Rechten keinen Gebrauch zu machen.¹⁴⁰ Es mag die Berechtigung brach liegen lassen! Der Einzelne darf von Verfassungen wegen darauf verzichten, sich mit anderen zu versammeln, seine Meinung zu äußern und seinen Glauben zu pflegen. Dementsprechend geht die Lehre vom

¹³⁴ Löwer, in: ders./Tettinger, Verfassung NRW, Art. 16 Rn. 28 (mit dem republikanischen Prinzip als Quelle des Willkürverbots).

¹³⁵ v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 15; Herrmann, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 41; H. H. Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, in: Festschrift Forsthoff, S. 165 (168); Kunig, Rechtsstaatsprinzip, S. 333; Volkmann, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 28, 39 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001). A.A. Roscheck, Enthaltung, S. 41.

¹³⁶ Zitate bei Hesse, VVDStRL 17 (1959), S. 11 (19 f.), bzw. bei Kriele, VVDStRL 29 (1971), S. 46 (60); ebenso v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 45; Böckenförde, VVDStRL 33 (1975), 132 (132); H. H. Klein, Demokratie und Selbstverwaltung, in: Festschrift Forsthoff, S. 165 (168).

¹³⁷ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 12.

¹³⁸ BVerfGE 12, 354 (364); 42, 312 (331 f.); 49, 89 (132); 50, 50 (51); v. Arnim, Staatslehre, S. 235.

¹³⁹ v. Arnim, Staatslehre, S. 136, 178; H. H. Klein, Grundrechte im demokratischen Staat, S. 61; Roscheck, Enthaltung, S. 33 (mit Blick auf das Wahlrecht); Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Bd. 1, Art. 1 Abs. 3, Rn. 150; vgl. auch Rn. 167.

¹⁴⁰ Achterberg, Parlamentsrecht, S. 261 (für das als subjektives öffentliches Recht qualifizierte Zeugnisverweigerungsrecht des Abgeordneten); Roscheck, Enthaltung, S. 34 (mit Blick auf das Wahlrecht); Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Vorb. § 42 Abs. 2, Rn. 47.

Grundrechtsverzicht davon aus, dass die Ausübung grundrechtlicher Freiheit zur Disposition des Berechtigten steht.¹⁴¹ Ausnahmen macht die Rechtsprechung lediglich für ausgewählte Grundrechte.¹⁴² Gleichfalls ist anerkannt, dass die Grundrechte negative Freiheiten verbürgen, also das Recht, eine vom Grundrecht positiv gewährte Befugnis gerade nicht auszuüben.¹⁴³

Im Gegensatz dazu implizieren die Berechtigungen eines Hoheitsträgers zunächst und primär die Wahrnehmungspflicht, die eingeräumten Kompetenzen auch zu gebrauchen.¹⁴⁴ Zwar können Kompetenzen nicht nur obligatorisch, sondern auch fakultativ eingeräumt werden.¹⁴⁵ Doch ist das die Ausnahme; sie bedarf eigener Begründung.¹⁴⁶

¹⁴¹ Zur Lehre vom Grundrechtsverzicht vgl. allgemein *Merten*, in: Horn (Hrsg.), *Recht im Pluralismus*. Festschrift für Schmitt Glaeser, S. 53 ff.; *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte*, Rn. 131 ff.; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, Rn. 57 vor Art. 1; *Stern*, *Staatsrecht* Bd. III/2, § 86 (S. 887 ff.); schließlich noch *Schwabe*, *JuS* 1986, S. 504. Ein neueres Anwendungsbeispiel bietet, bezogen auf Art. 13 GG, BVerfGE 109, 279 (327) – Großer Lauschangriff – mit Anm. *Gusy*, *JuS* 2004, S. 457 ff., *Sachs*, *JuS* 2004, S. 522 ff., und *Wesel*, *Gang nach Karlsruhe*, S. 344 ff.

¹⁴² Vgl. die Nachweise bei *Robbers*, *JuS* 1985, S. 925 (930 f.), und *Spieß*, *Grundrechtsverzicht*, S. 67 ff. Am bekanntesten sind die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Indisponibilität der Menschenwürde, vgl. BVerwGE 64, 274 (279 f.); 84, 314 (317 ff.) – Peep-Show, und BVerwGE 115, 189 (202) – Laserdrome; im letztgenannten Zusammenhang siehe außerdem *Aubel*, *Verw* 37 (2004), S. 229 (250 ff., 244), und *Störmer*, *NWVB* 1987, S. 313 (315 f.). Kritisch zur Indisponibilität der Menschenwürde *Merten*, in: Horn (Hrsg.), *Recht im Pluralismus*. Festschrift für Schmitt Glaeser, S. 53 (64 f.). Zu den Grenzen des Grundrechtsverzichts, welche die Literatur erörtert, vgl. *Robbers*, a. a. O., S. 928 ff., und *Spieß*, a. a. O., S. 118 ff.

¹⁴³ *Bleckmann*, *Staatsrecht* II, S. 358; *Manssen*, *Grundrechtsdogmatik*, Rn. 242, vgl. BVerfGE 93, 1 (15) – Kruzifix – für die Religionsfreiheit. Grds. a.A. *Hellermann*, *Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte*, 1993.

¹⁴⁴ *Böckenförde*, *Festschrift* H. J. Wolff, S. 269 (303); *ders.*, *Organisationsgewalt*, S. 72 f.; *Ericksen*, in: *Festschrift Menger*, S. 211 (228); *Forsthoff*, *Verwaltungsrecht* I, § 23 2 c) (S. 452) (ganz ohne Einschränkungen); *Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, S. 353 f. (ausdrücklich auch auf das Volk als Staatsorgan bezogen); *Löwer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 56 Rn. 9; *Oebbecke*, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume*, S. 105 f.; *H. J. Wolff/Bachof*, *Verwaltungsrecht* II, § 73 III c 2 α (S. 38), sowie sektoral *Demmler*, *Abgeordnete*, S. 51, *Roscheck*, *Enthaltung*, S. 103 f., 106 ff. (für die Abgeordneten im Grundsatz, nicht aber im Ergebnis, vgl. S. 114 f., 119 ff.; m. w. N. in Fn. 10 u. 11); BVerfGE 55, 274 (318), *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, Art. 83 Rn. 10 (beide für die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder); *Kingreen*, in: *Leuze/Epping* (Hrsg.), *Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen*, § 106 Rn. 14 (im Hochschulrecht); *Roscheck*, *Enthaltung*, S. 34 (für das Stimmrecht allgemein).

¹⁴⁵ *Pieroth*, *AöR* 114 (1989), S. 422 (436, vgl. auch 448 ff.); *Stettner*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz* Bd. II, Art. 70 Rn. 23.

¹⁴⁶ Sie kann sich aus der Kompetenznorm selbst ergeben. So liegt der Fall bei den Gesetzgebungskompetenzen der Art. 70 ff., andernfalls käme es zu einem Totalvorbehalt, müsste doch zu jeder Frage entweder ein Bundesgesetz (gemäß Art. 71 ff. GG) oder ein Landesgesetz (gemäß Art. 30, Art. 70 Abs. 1 GG) verabschiedet werden, so *Pieroth*, *AöR* 114 (1989), S. 422 (436); zustimmend *Stettner*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz* Bd. II, Art. 70

Zweitens ergeben sich für subjektive Rechte und Kompetenzen unterschiedliche Konsequenzen bei der Frage, wer von der Berechtigung Gebrauch zu machen hat. Weil subjektive Rechte dem Individuum um seiner selbst willen gegeben sind und daher grundsätzlich zu seiner Disposition stehen, darf es diese Rechte, sofern sie nur übertragungsfähig sind, auch ohne weiteres an andere übertragen.¹⁴⁷ Die Delegation von Kompetenzen ist dagegen nur zulässig, wenn der Träger der Kompetenz-Kompetenz ausdrücklich zur Delegation ermächtigt, indem er mit der Kompetenz auch deren Delegationsbefugnis eingeräumt hat. Anders als im Feudalismus, wo Hoheitsrechte wie Eigentum gedacht wurden und beliebig übertragen werden konnten,¹⁴⁸ sind Kompetenzen grundsätzlich von ihrem Inhaber selbst auszuüben.¹⁴⁹ Träger öffentlicher Organschaft können, wie Jellinek formuliert hat, „über die von ihnen als Organen zu übenden Kompetenzen prinzipiell nicht disponieren, d. h. jedes Organ hat die ihm zugewiesenen Kompetenzen selbst auszuüben. Ausnahmen von diesem Satz können nur auf dem Wege der Rechtsetzung verfügt werden.“¹⁵⁰ Dieser Befund liegt dem Grundgesetz zu Grunde, wie etwa Art. 60 Abs. 3 GG zeigt.¹⁵¹ Deswegen dürfen die Länder ihre Gesetzgebungskompetenz nicht auf den Bund übertragen,¹⁵² etwa durch dynamische Verweisungen.¹⁵³ Deshalb darf der Bundestag ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung auch nicht

Rn. 17 Fn. 52. Für Verwaltungskompetenzen ergibt sich die Unterscheidung aus Art. 87 Abs. 1 S. 1 v. S. 2 GG.

¹⁴⁷ Dass im öffentlichen Recht auch die gewillkürte Rechtsnachfolge einen gesetzlichen Übergangstatbestand voraussetzt, wird nur vereinzelt behauptet, etwa von *Rumpf*, *VerwArch* 1978, S. 269 (279). Dagegen genügt der herrschenden Meinung ein Rechtsgeschäft, so zum Beispiel OVG Münster, NVwZ-RR 1997, S. 70 f.=OVGE 45, S. 120 (121 f.) m. w. N., und *Peine*, JuS 1997, S. 984 (986) (dort auch die Einschätzung, dass diese Auffassung „wohl weitgehend akzeptiert“ sei, auf S. 988 sub V).

¹⁴⁸ Siehe oben im Fließtext S. 44 f., bei Fn. 8.

¹⁴⁹ Dass Kompetenzen nicht übertragbar sind, ist grundsätzlich anerkannt, vgl. etwa *Forsthoff*, *Verwaltungsrecht I*, § 23 2 c (S. 451), sowie bereits *G. Jellinek*, *System*, S. 345 f., und hat positiv-rechtlich etwa Ausdruck in der Deklaration des Art. 70 Abs. 3 der Bayerischen Verfassung gefunden. Ebenso *Demmler*, *Abgeordnete*, S. 330, und v. *Mangoldt/Klein*, *Grundgesetz*, 2. Aufl. 1966, Art. 38 Anm. IV 1 b (S. 887 f.) (beide mit Blick auf das Stimmrecht des Abgeordneten); *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz Bd. 2*, Art. 28 Rn. 39 (zur Unverzichtbarkeit und Unverrückbarkeit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie); *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, Art. 83 Rn. 10 (zur Privatisierung der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder).

¹⁵⁰ *G. Jellinek*, *System*, S. 345, vgl. S. 344; ebenso *Oebbecke*, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume*, S. 105 f.

¹⁵¹ Delegationsermächtigungen sieht das Grundgesetz außerdem in Art. 23 Abs. 1 S. 2, Abs. 6 S. 1, Art. 24 Abs. 1, Abs. 1a, Art. 87b Abs. 2 S. 2, Art. 88 S. 2, Art. 89 Abs. 2 S. 3, Art. 108 Abs. 4 S. 2, Art. 115f Abs. 1 Nr. 2, Art. 120a Abs. 1 S. 1 vor.

¹⁵² BVerfGE 1, 14 (35); 4, 115 (139); 32, 145 (156); 55, 274 (301).

¹⁵³ *Bothe*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein* (Hrsg.), *AK-GG Bd. 2*, Art. 30 Rn. 21 (Stand: Oktober 2001); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz Bd. II*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 111 (unzulässige Entäußerung von Rechtsetzungskompetenzen); *Pestalozza*, in: v. *Mangoldt/Klein/Pestalozza*, Art. 70, Rn. 87; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, Art. 30 Rn. 9. Zur Übertragung auf Private vgl. *Jarass*, in: ders./Pieroth,

auf Ausschüsse delegieren.¹⁵⁴ Derselbe Gedanke greift schließlich bei Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG. Diese Vorschrift unterstellt, dass derselbe Gesetzgeber, der die in Satz 1 genannten Organe zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt hat, nun gestattet, die Ermächtigung weiter zu übertragen (Subdelegation). Auch hier muss also der Träger der Kompetenz-Kompetenz per Rechtsetzung die Übertragung zulassen.

Subjektive Rechte und Kompetenzen unterscheiden sich letzters mit Blick auf die Frage, wie von der Berechtigung Gebrauch zu machen ist. Weil subjektive Rechte dem Individuum um seiner selbst willen gegeben sind, erlauben sie subjektive Willkür. Der Einzelne ist berechtigt und frei, sein Belieben zu verfolgen.¹⁵⁵ Er darf von Rechts wegen egoistisch handeln, ist kein Sachwalter des Gemeinwohls.¹⁵⁶ Die Berechtigungen der Hoheitsträger dagegen sichern nicht die Verfolgung des eigenen Interesses des Handlungsberechtigten, sondern die Wahrnehmung des Interesses der organisierten Einheit,¹⁵⁷ also – wie es Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG seit 1993 sektoral deklariert – das „Wohl der Allgemeinheit“. Der Staat ist ja, wie gezeigt, überhaupt nur existent, um der Gesellschaft zu dienen. Kompetenzen unterliegen damit der Gemeinwohlbindung.¹⁵⁸ Davon kann auch der Träger der

Grundgesetz, Art. 20 Rn. 65. Zu Verweisungen allgemein *Ramsauer*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 82, Rn. 30–36 (Stand: Grundwerk 2001).

¹⁵⁴ BVerfGE 44, 308 (316 f.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 40 Rn. 4; *H.-P. Schneider*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 40 Rn. 12 (Stand: August 2002).

¹⁵⁵ v. *Arnim*, Staatslehre, S. 37; *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 57 Rn. 83, 85; *H. H. Klein*, Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 140; *Wahl*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Vorb. § 42 Abs. 2, Rn. 47; *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, § 73 III c 2 α (S. 38); vgl. *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 6.

¹⁵⁶ *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Zweites Kapitel, Rn. 69 (S. 82); vgl. *Kingreen*, Sozialstaatsprinzip, S. 83 f., zu den ideengeschichtlichen Wurzeln auch dieser Aussagen bei *Hegel*.

¹⁵⁷ *Böckenförde*, Festschrift H. J. Wolff, S. 269 (303); *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 7; *G. Jellinek*, System, S. 231; *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, § 72 I c 5 (S. 17), § 73 III c 2 α (S. 38).

¹⁵⁸ ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (83 f.) (Ls. 3) (im Zusammenhang mit Volksgesetzgebung); v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 5, 388; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 30 Rn. 19; *Burmeister*, Grundrechtsverständnis, S. 63; *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 57 Rn. 29, 59, 61; *Kahl*, Jura 2002, S. 721 (723); *St. Meyer*, Gemeinwohlauftrag, S. 104; *Sachs*, DVBl. 1995, S. 873 (888); *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 72 f., 202 ff.; *Uerpmann*, Öffentliches Interesse, S. 47; *Wahl*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Vorb. § 42 Abs. 2, Rn. 120; sowie für den Abgeordneten genetisch die Beiträge von *Dr. Dehler* (FDP), *Heiland* (SPD) und *Dr. Schwalber* (CDU), JöR N.F. 1 (1951), S. 354 f.; außerdem *Demmler*, Abgeordnete, S. 51, 54, *Ehlers*, in: Festschrift E. Stein, S. 125 (134), und *H. H. Klein*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 41 Rn. 1. Ebenso BVerfGE 33, 125 (159) für den Gesetzgeber. A.A., soweit ersichtlich, nur *Sobota*, Prinzip Rechtsstaat, S. 481 sub 29.

Kompetenz-Kompetenz, selbst Teil des gemeinwohlverpflichteten Staates, nicht dispensieren.

§ 3 Unterscheidung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung

Die Figuren der Grundrechtsberechtigung und der Grundrechtsbindung, die gleichfalls in der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft gründen,¹⁵⁹ reflektieren außerdem die Unterscheidung von subjektiven Rechten und Kompetenzen, von Freiheitsgebrauch und der Ausübung von Staatsgewalt. Grundrechte sind Paradebeispiel subjektiver Rechte.¹⁶⁰ Wer von ihnen Gebrauch macht, wer also grundrechtsberechtigt handelt, der wurzelt im Bereich der Gesellschaft und lebt Freiheit aus. Demgegenüber greift die Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG ausschließlich bei staatlichem Handeln. Diese Position entspricht allgemeiner Ansicht,¹⁶¹ und das Bundesverfassungsgericht verfährt sie in ständiger Rechtsprechung.¹⁶² Die Trias der Grundrechtsadressaten aus Art. 1 Abs. 3 GG, Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung, sind die „Ausübungsmodalitäten“¹⁶³, die Ausdrucksformen „staatlicher Gewalt“ (Art. 1 Abs. 1 GG), wie sich systematisch aus Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG ergibt.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Volkman, JuS 2001, S. 521 (527), vgl. v. Arnim, Staatslehre, S. 37 f., 174; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 144.

¹⁶⁰ Unbestritten, vgl. nur BVerfGE 15, 362 (370); Sachs, in: Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 65 II 2 (S. 530 ff.) m. w. N.; Scherzberg, Jura 2004, S. 663 (665); rechtsgeschichtlich Bauer, DVBl. 1986, S. 208 (211) mit dem Zitat „Prototyp“ (Bühler). Dem grundlegenden Charakter der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft entspricht es, dass die hier dargestellten Fortwirkungen der Unterscheidung – öffentliches und privates Recht (§ 1), subjektives Recht und Kompetenz (§ 2), Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung (dieser § 3) – nicht abschließend zu verstehen sind. Zahlreiche weitere Dichotomien gründen in der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, genannt sei hier nur die Unterscheidung von Fachaufsicht und Rechtsaufsicht, vgl. dazu etwa Kingreen, in: Leuze/Epping (Hrsg.), Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen, Vorbem. §§ 106–108, Rn. 34.

¹⁶¹ Vgl. nur Grimm, in: ders. (Hrsg.), Einführung, S. 40 (79); H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Vorb. Rn. 118; Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 1 Rn. 76 ff.; Schnapp/Kaltenborn, JuS 2000, S. 937 (937); Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 72 III 1 (S. 1201).

¹⁶² Vgl. nur BVerfGE 96, 231 ff. – Müllkonzept.

¹⁶³ Schnapp/Kaltenborn, JuS 2000, S. 937 (937).

¹⁶⁴ Außer in Art. 1 Abs. 1 GG („staatliche Gewalt“) und in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG („Staatsgewalt“) ist noch in Art. 30 GG von der Ausübung der staatlichen Befugnisse die Rede. In diesem Zusammenhang hatten die Abgeordneten Dr. v. Mangoldt (CDU) und Dr. Kleindienst (CSU) sowie die CDU/CSU Fraktion den Antrag gestellt, die Worte „staatliche Befugnisse“ durch das Wort „Staatsgewalt“ zu ersetzen. Dieser Antrag wurde vom Hauptausschuss abgelehnt. Freilich sind weder Gründe für den Antrag noch Gründe für dessen Ablehnung dokumentiert. Vgl. Bachmann, in: H.-P. Schneider (Hrsg.), Dokumentation Bd. 10, S. 2, sowie Art. 30 Dokumente 40, 41 und 45 auf S. 38 ff.

Jede Ausübung von Staatsgewalt ist also an die Grundrechte gebunden. Wer grundrechtsgebunden handelt, kann nicht zugleich grundrechtsberechtigt agieren. Andernfalls fielen Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung zusammen (sog. Konfusionsargument).¹⁶⁵ Diese kategoriale Unterscheidung entspricht gleichfalls allgemeiner Ansicht. Zahlreiche Fallkonstellationen, von denen hier einige wenige beispielhaft angeführt werden sollen, legen davon Zeugnis ab. Alleine für den Fall der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts sieht sich die Ansicht der Kritik ausgesetzt.

Die kategoriale Unterscheidung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung, von Freiheitsgebrauch und der Ausübung von Staatsgewalt, von Staat und Gesellschaft zwingt zu Abgrenzungen etwa im Zusammenhang mit Amtsträgern oder auch bei Parteien. Jeder (grundrechtsgebundene) Amtsträger handelt bisweilen auch als (grundrechtsberechtigter) Privatperson. So steht der Beamte „zwar ‚im Staat‘ und ist deshalb mit besonderen Pflichten belastet, die ihm dem Staat gegenüber obliegen, er ist aber zugleich Bürger, der seine Grundrechte gegen den Staat geltend machen kann.“¹⁶⁶ Die genannten Unterscheidungen zwingen so im beamtenrechtlichen Dienstverhältnis zu Differenzierungen zwischen dienstlich und außerdienstlich,¹⁶⁷ zwischen Grund- und Betriebsverhältnis,¹⁶⁸ zwischen Umsetzung und Versetzung, usw.¹⁶⁹ Dabei kann eine dienstliche Tätigkeit des Beamten nicht zugleich eine private Tätigkeit sein: Der Amtsträger handelt entweder als Staatsorgan oder als Privater.¹⁷⁰ Gleiches gilt für den Bürgermeister. Im Wahlkampf kann er sich als Amtsträger nicht auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen.¹⁷¹ Als Wähler darf er dagegen nicht nur seine Stimme abgeben, sondern auch im Schutze der Meinungsfreiheit für seine politische Position werben.¹⁷² Schließlich stehen Abgeordnete janusköpfig da. Sie haben einerseits ein „Amt“ inne (Art. 48 Abs. 2 S. 1 GG) und üben als Mandatsträger grundrechtsgebundene, öffentliche Gewalt aus.¹⁷³ Zu-

¹⁶⁵ BVerfGE 15, 256 (262); 21, 362 (369 ff.); 61, 82 (103 f.); 68, 193 (206 ff.); 75, 192 (196); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Art. 19 III Rn. 58; *Manssen*, Grundrechte, Rn. 77; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 154; *Sachs*, Grundrechte, A 6 Rn. 71; kritisch *J. Ipsen*, Grundrechte, Rn. 53. Zur Konfusion, einem Begriff zivilrechtlicher Dogmatik, vgl. *Kollhosser/Jansen*, JA 1988, S. 305 (305).

¹⁶⁶ BVerfGE 39, 334 (366); dazu *Loschelder*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 123 Rn. 14 ff.

¹⁶⁷ Vgl. *Rottmann*, Beamte als Staatsbürger, S. 215 Fn. 212.

¹⁶⁸ Vgl. *Diemert*, Innenrechtsstreit, S. 41; *Kintz*, Öffentliches Recht, Rn. 132; *Rottmann*, Beamte als Staatsbürger, S. 236; *Ule*, VVDStRL 15 (1957), S. 133 (152).

¹⁶⁹ *Kunig*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Kap., Rn. 6 (Besonderheiten des Dienstverhältnisses als Reflex der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft).

¹⁷⁰ BGH, NJW 2004, S. 513 (515).

¹⁷¹ BVerfGE 44, 125 (141); BVerwGE 104, 323 (323 f. – Ls., 326). Vgl. *Oebbecke*, BayVBl 1998, S. 641 (643).

¹⁷² BVerfGE 44, 125 (141); BVerwGE 24, 315 (319); *Studenroth*, AöR 125 (2000), S. 257 (271 f.).

gleich sind sie aber, wie alle anderen Staatsbürger auch, eine natürliche Person, die aus den Grundrechten berechtigt wird. Diese „Doppelfunktion“¹⁷⁴ macht die Grundrechtsgeltung bei Mitgliedern des Parlaments davon abhängig, ob sie als Amtsträger oder als Bürger handeln.¹⁷⁵

Außerdem befinden sich die Parteien im Übergangsbereich, sind „Transmissionsriemen“¹⁷⁶ und „Scharnier“¹⁷⁷ zwischen Staat und Gesellschaft, „Zwischenglieder“,¹⁷⁸ die Bürger und Staatsorgane verbinden. Einerseits sind Parteien frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Gruppen, andererseits stehen sie im systematischen Zusammenhang mit der Staatsorganisation.¹⁷⁹ Sie erringen nach Maßgabe des Wahlergebnisses Einfluss im Staat. „Die Gesellschaft ist auf diese Weise“, wie Dieter Grimm formuliert hat, der Parteien „Heimat, der Staat aber ihr Ziel.“¹⁸⁰ Parteien sind Institutionen, „die Funktionen von Staatsorganen ausüben, ohne solche zu sein“¹⁸¹, wirken sowohl bei staatlicher Entscheidungsfindung als auch „bei der politischen Willensbildung des Volkes“ (Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG), also bei der gesellschaftlichen Willensbildung, mit.¹⁸² Auch Parteien haben daher – insoweit den Amtsträgern ähnlich – eine „Doppelfunktion“¹⁸³. Dementsprechend handeln sie etwa bei der Aufnahme von Mitglie-

¹⁷³ H. H. Klein, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 41 Rn. 1; Pieroeth, in: Jarass/Pieroeth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 25; vgl. Sachs, Verfassungsprozessrecht, Rn. 283, 469. Cremer, Anwendungsorientierte Verfassungsauslegung, S. 398, bezeichnet den Rückgriff auf Art. 5 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit dem Rede-recht des Abgeordneten als „phantasievoll (obgleich zum Entsetzen eines jeden Staatsrechtslehrers)“. A.A. offenbar Härth, Rede- und Abstimmungsfreiheit, S. 94.

¹⁷⁴ Clemens, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §§ 63, 64, Rn. 25.

¹⁷⁵ Dass Handlungen „im Amt und außerhalb des Amtes“ zu unterscheiden sind, sieht das Grundgesetz selbst vor, und zwar für Bundesrichter in Art. 98 Abs. 2 GG (zu Landesrichtern vgl. Abs. 5). Zum Beschlagnahmeverbot bei Bundestagsabgeordneten jüngst BVerfGE 108, 251 ff., mit Anm. Sachs, JuS 2004, S. 71 ff.

¹⁷⁶ BVerfGE 5, 85 (187) – KPD-Verbot; vgl. Grimm, in: Benda/Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 14 Rn. 16. Den Begriff borgt das Bundesverfassungsgericht von Stalin, den den Ausdruck in seiner Schrift „Über die Grundlagen des Leninismus“, hier zitiert nach Stalin. Er bezeichnet die Partei als „Transmissionsriemen“ in Fragen, S. 75 (88). Den Begriff haben auch Gerhard Leibholz u. a. gebraucht, vgl. Wiegandt, JuS 2001, S. 1156 (1159). Zu der Leibholz’schen Lehre vom Parteienstaat siehe Gusy, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 21 Rn. 28 ff. (Stand: Grundwerk 2001).

¹⁷⁷ Oebbecke, BayVBl 1998, S. 641 (643).

¹⁷⁸ BVerfGE 52, 63 (82 f.); Hesse, VVDStRL 17 (1959), S. 11 (19).

¹⁷⁹ Pieroeth, in: Jarass/Pieroeth, Grundgesetz, Art. 21 Rn. 1.

¹⁸⁰ Grimm, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, S. 613 (629).

¹⁸¹ H.-P. Schneider, in: ders./Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 12 Rn. 4.

¹⁸² BVerfGE 85, 264 (285); Pieroeth, in: Jarass/Pieroeth, Grundgesetz, Art. 21 Rn. 1.

¹⁸³ Clemens, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §§ 63, 64, Rn. 92.

dern oder der Besetzung von Parteiämtern grundrechtsberechtigt,¹⁸⁴ aber bei der Kandidatenaufstellung für Wahlen zu Volksvertretungen grundrechtsgebunden.¹⁸⁵

Die kategorialen Unterscheidungen geraten einzig in einer Konstellation unter Druck. In der Literatur verfechten namhafte Stimmen die Auffassung, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts grundrechtsberechtigt handeln, weil auch sie „inländische juristische Personen“ im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG sind.¹⁸⁶ Demgegenüber schließt sich diese Abhandlung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an, die in der Literatur überwiegend Zustimmung erfahren hat.¹⁸⁷ Danach sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht grundrechtsberechtigt. Das Gericht folgert dies aus der anderen Voraussetzung des Art. 19 Abs. 3 GG, der „Wesensklausel“.¹⁸⁸ Danach muss das Grundrecht seinem „Wesen“ nach auf die inländische juristische Person anwendbar sein. Daran fehle es bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts eben wegen des oben referierten Konfusionsarguments.¹⁸⁹

Diese Rechtsprechung soll hier zu Grunde gelegt werden, und zwar durchaus auch, weil das Bundesverfassungsgericht sich von den Anfechtungen unbeeindruckt gezeigt hat. Die Kritik der Lehre genügt daher „der aktuellen Verfassungspraxis nicht mehr. Wer sich heute produktiv in ihr betätigen will, muß,“ wie Pieroth in anderem Zusammenhang festgestellt hat, die ständige Rechtsprechung des Gerichts „zur Kenntnis nehmen“ und versuchen, „diese Praxis verfassungsmethodisch zu disziplinieren“.¹⁹⁰ Diese Abhandlung folgt der Rechtsprechung aber vor allem deshalb, weil sie – mit dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG vereinbar – die Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten, die dem Bürger zustehen, und Kompetenzen, die dem Staat zugeordnet sind, treffend einfängt – eine Unterscheidung, auf der diese Schrift aufbauen will.

¹⁸⁴ *Pieroth/Zekl*, NWVBl 1995, S. 37 (39); vgl. *Lange*, NJW 1988, S. 1174 (1177, 1183), *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 21 Rn. 24 f., Art. 38 Rn. 22a, und ausführlich *Ortmann*, Parteizugang und Parteiausschluß, S. 19 ff., 60 ff.

¹⁸⁵ BVerfGE 89, 243 (251 ff.); *Lange*, NJW 1988, S. 1174 (1180, 1183); v. *Nieding*, NVwZ 1994, S. 1171 (1173 ff.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 21 Rn. 24 f., Art. 38 Rn. 22a.

¹⁸⁶ *R. Dreier*, Grundrechtssubjektivität, in: Festschrift für Scupin, S. 81 (85 ff.); *Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. 1976, S. 167 ff.; *Pieroth*, Störung, Streik und Aussperrung, S. 195 ff. Skeptisch gegenüber der bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption auch *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 154 („soll“).

¹⁸⁷ Vgl. *Burmeister*, Grundrechtsverständnis, S. 81 f., 84 ff., 88 ff.

¹⁸⁸ *Sachs*, Grundrechte, A 6 Rn. 61.

¹⁸⁹ Siehe oben S. 67, bei Fn. 165.

¹⁹⁰ *Pieroth*, AöR 114 (1989), S. 422 (444).

Vierter Teil

Grundrechte: Berechtigung und Bindung

Erstes Kapitel

Methodische Vorüberlegungen im Licht der Rechtsprechung

§ 1 Lösung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach der Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren in seinem Beschluss zum „Besseren Müllkonzept“ beantwortet. Zwar hat sich das Gericht dort nur zur Grundrechtsgeltung im Abstimmungskampf geäußert. Aber die Methode, die das Gericht anwandte, beansprucht konzeptionell auch für die anderen Abschnitte des Verfahrens Geltung. Daher sind zunächst, nachdem der tatsächliche Hintergrund des Beschlusses geschildert wurde, die methodischen Aussagen des Gerichts zusammenzutragen. Anschließend, in § 2, sind diese Aussagen kritisch zu würdigen.

Im November 1989 beantragten Stimmberechtigte, die in Bayern zu einer „Bürgeraktion“ namens „Das bessere Müllkonzept e.V.“ zusammengeschlossen waren, die Zulassung eines Volksbegehrens über den Entwurf eines bayerischen Abfallwirtschaftsgesetzes.¹ Die Antragsteller hatten eine Beauftragte im Sinne des Art. 63 Abs. 2 S. 1 *By* LWG benannt, die später Beschwerdeführerin vor dem Bundesverfassungsgericht werden sollte. Nach der Zulassung des Volksbegehrens unterstützte eine ausreichende Zahl von Stimmberechtigten den Gesetzentwurf. Damit war das Volksbegehren „rechtsgültig“ (vgl. Art. 71 Abs. 2 S. 1 *By* LWG) geworden und gemäß Art. 73 Abs. 1 S. 1 *By* LWG vom Bayerischen Landtag zu behandeln. Der Landtag lehnte den im Volksbegehren unterbreiteten Gesetzesantrag ab, so dass das Volk die Sache zu entscheiden hatte. Dabei machte der Landtag von seinem Recht aus Art. 74 Abs. 4 *By* Vf, Art. 73 Abs. 4 *By* LWG Gebrauch, außerdem einen eigenen Gesetzentwurf zur Abstimmung zu stellen. Den vollständigen Text beider Entwürfe verteilte die bayerische Staatsregierung

¹ Die folgenden Ausführungen stützen sich im Wesentlichen auf den vom Gericht in BVerfGE 96, 231 ff. mitgeteilten Tatbestand. Sofern sich Vorschriften nur der Zählung, nicht aber des Inhalts nach geändert haben, wird folgend das geltende Recht genannt.

als Broschüre an alle Haushalte im Land. Dabei oblag es ihr gemäß Art. 74 Abs. 7 *By Vf*, Art. 75 Abs. 2 Nr. 3 *By LWG*, „bündig und sachlich“ sowohl die Begründung der Antragsteller als auch ihre eigene Auffassung und die Auffassungen des Landtages zu erläutern. Schließlich fand am 17. Februar 1991 der Volksentscheid statt. Dabei konnte sich der Entwurf des Landtages gegen den Entwurf des Bürgerbegehrens durchsetzen.

Die Bürgeraktion sah die Abstimmenden unzulässig beeinflusst. Stellungnahmen, die staatliche und kommunale Amtsträger im Vorfeld des Volksentscheids „nachhaltig“² für den Gesetzentwurf des Landtags und gegen den Entwurf des Volksbegehrens abgegeben hatten, stellten nach ihrer Ansicht eine Einwirkung auf die Abstimmungsberechtigten dar, welche die staatliche Neutralitätspflicht verletzte. So habe etwa das bayerische Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen den Entwurf der Bürgerinitiative als „Irrweg“ bezeichnet und eine Pressemitteilung mit der Schlagzeile „Volksbegehren führt bereits jetzt zu Problemstau in der Abfallpolitik“ überschrieben.³ Diese Auffassung hatte die Bürgeraktion zunächst dem Bayerischen Landtag vorgetragen, der gemäß Art. 80 Abs. 1 *By LWG* die Durchführung des Volksentscheids zu prüfen hatte. Der Bayerische Landtag entschied jedoch, dass der Volksentscheid gültig sei. Daraufhin rief u. a. die Beschwerdeführerin als Beauftragte des Volksbegehrens den Bayerischen Verfassungsgerichtshof an und beantragte, den Volksentscheid im Verfahren gemäß Art. 80 Abs. 2 *By LWG* für ungültig zu erklären. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof beschied die Antragsteller am 19. Januar 1994 abschlägig.⁴ Anstelle des Neutralitätsgebots, das die staatlichen Stellen bei Wahlen binde, greife bei Abstimmungen nur ein Sachlichkeitsgebot (Objektivitätsgebot).⁵ An dieses Gebot hätten sich die staatlichen Organe gehalten. Lediglich vereinzelt hätten kommunale Amtsträger die Abstimmenden unzulässig beeinflusst. Doch diese Beeinflussungen hinweggedacht, hätte die landesweite Abstimmung gleichwohl eine Ablehnung des Volksbegehrens ergeben.⁶

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen diese Entscheidung. Erhoben wurde sie von der Beschwerdeführerin, der Beauftragten des Volksbegehrens, „im eigenen Namen und im Namen der Unterzeichner des Volksbegehrens“. Die Beschwerdeführerin rügte, soweit in diesem Zusammenhang relevant, vor allem die Verletzung eines Rechts auf Chancengleichheit bei politischen Abstimmungen aus Art. 3 Abs. 1 GG durch die vermeintlich unsachlichen Stellungnahmen der Amtsträger im Abstimmungskampf. Außerdem machte sie die Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geltend.⁷

² BVerfGE 96, 231 (234).

³ *By VerfGHE* 47, 1 (5, 35) mit zahlreichen weiteren Beispielen auf S. 4 ff. und 34 ff.

⁴ *By VerfGHE* 47, 1–35, teilweise abgedruckt in NVwZ-RR 1994, S. 529 ff.; kritisch *Morlok/Voss*, BayVBl 1995, S. 513 ff.

⁵ *By VerfGHE* 47, 1 (12 ff., insb. 19).

⁶ *By VerfGHE* 47, 1 (28 ff., insb. 32).

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde dahin ausgelegt, dass sie von der Beschwerdeführerin zum einen in ihrer Eigenschaft als Unterzeichnerin des Volksbegehrens und zum anderen als Beauftragte des Volksbegehrens erhoben wird, als die sie auch im Ausgangsverfahren vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof Antragstellerin war. In beiden Fällen hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde als unzulässig verworfen.⁸

Als Stimmberechtigte und als Unterzeichnerin des Volksbegehrens könne die Beschwerdeführerin ihre Grundrechte nicht vor dem Bundesverfassungsgericht verteidigen.⁸ Denn die gerichtliche Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, die den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde bilde, betreffe weder die Stimmberechtigten noch die Unterzeichner des Volksbegehrens unmittelbar rechtlich. Denn das Ausgangsverfahren sehe gemäß Art. 81 Abs. 2 *By* LWG kein Antragsrecht des Bürgers zur Verteidigung seiner „Individualrechte aus dem status activus“ vor.⁹ Daher sei die Beschwerdeführerin vor dem Verfassungsgerichtshof formell nicht als Stimmberechtigte, sondern nur als Beauftragte des rechtsgültigen Volksbegehrens beteiligt gewesen. Nur das Volksbegehren könne daher durch das Urteil unmittelbar rechtlich beschwert sein.

Doch auch das Volksbegehren könne die Verfassungsbeschwerde nicht zulässig erheben.¹⁰ Eine Verfassungsbeschwerde setze die Behauptung einer Verletzung der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Rechte voraus. Doch das Recht auf Chancengleichheit gehöre nicht zu einer grundrechtlich geschützten Berechtigung der Gesamtheit der Unterzeichner des Volksbegehrens, so dass seine Verletzung mit der Verfassungsbeschwerde nicht gerügt werden könne. Zwar gehörten, so das Gericht wörtlich, die „im Grundgesetz gewährleistete[n] politische[n] Rechte des Aktiv-Status“ zu den im Verfassungsbeschwerdeverfahren rügefähigen Rechten.¹⁰ Nicht gerügt werden könnten aber Rechte, „die auf einer besonderen kompetenziellen Funktion eines Antragstellers im Verfassungsleben beruhen und durch ein gesetzlich begründetes gegenseitiges Rechte- und Pflichtenverhältnis geregelt sind“.¹⁰ Eine solche Funktion nehme das Staatsvolk nicht wahr, wenn es im Bund und in den Ländern Staatsgewalt gemäß Art. 20 Abs. 2 GG und Art. 28 Abs. 1 GG ausübe. Insoweit würden seine Rechte nur durch die subjektiven öffentlichen Rechte des aktiven Status jedes einzelnen Bürgers verwirklicht.¹¹ Die Verfassung des Freistaates Bayern forme aber die vom Volk ausgehende Staatsgewalt weiter aus, indem sie ihm ein unmittelbares Recht der Gesetzgebung zuerkenne. Dieses Recht gewähre die Landesverfassung in Art. 71, Art. 72 Abs. 1 aber nicht dem Volk als solchem oder jedem „Aktivbürger“, sondern nur dem rechtsgültigen Volksbegehren.¹² Die

⁷ BVerfGE 96, 231 (235 f.).

⁸ BVerfGE 96, 231 (237).

⁹ BVerfGE 96, 231 (238).

¹⁰ BVerfGE 96, 231 (239).

¹¹ BVerfGE 96, 231 (239 f.).

¹² BVerfGE 96, 231 (240).

das rechtsgültige Volksbegehren tragenden Stimmberechtigten seien insoweit auch handlungsfähig, weil die Verfassung ihre Vertretung durch den Beauftragten vorsehe, dem die Befugnis zur Abgabe von Erklärungen (Art. 63 Abs. 2, 66 Abs. 2 *By* LWG n.F.) und zur Prozessführung vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof zuerkannt sei (Art. 82 *By* LWG n.F.).¹² Das erhellte, dass die Unterzeichner eines rechtsgültigen Volksbegehrens nicht nur ihre „politischen Individualrechte aus dem status activus“ zur Geltung brächten, sondern dass die von ihnen gebildete Gruppe mit dem Gesetzesinitiativrecht auch „eine Funktion im Verfassungsleben“ wahrnehme.¹² Verfassung und Landeswahlgesetz enthielten diesbezüglich ein „geordnetes gegenseitiges Rechte- und Pflichtenverhältnis“ der Gruppe zu Landtag und Staatsregierung.¹² Das so ausgestaltete Gesetzesinitiativrecht der Gruppe der Unterzeichner unterscheide sich von den politischen Individualrechten jedes einzelnen zu dieser Gruppe gehörenden Aktivbürgers. Es berechtige die Gruppe als solche und beruhe auf einer Kompetenz. Es verleihe der Gesamtheit der Träger des erfolgreichen Volksbegehrens eine Funktion im Verfassungsleben und beziehe „sie“, also die Träger, insoweit in die Organisation des Staates ein.¹³ Ob dies auch schon für die Gesamtheit der Unterzeichner des Antrags auf Zulassung des Volksbegehrens gilt „oder ob die Stimmberechtigten in diesem Stadium der Einleitung eines Volksgesetzgebungsverfahrens nur ihre Individualrechte aus dem status activus“ verwirklichten, ließ das Gericht ausdrücklich erneut offen.¹⁴

Nachdem das Bundesverfassungsgericht der Beschwerdeführerin die Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG aus diesen Gründen verwehrt hatte, war noch über die behauptete Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu entscheiden.¹⁵ Dabei konnte sich das Gericht nicht damit begnügen, auf die fehlende Grundrechtsberechtigung zu verweisen, die es bereits herausgearbeitet hatte. Denn nach ständiger Rechtsprechung gelten die Justizgrundrechte für alle Beteiligten gerichtlicher Verfahren, also auch für Träger von Staatsgewalt.¹⁶ Dass das Volksbegehren eine „kompetenzielle Funktion“ ausübe und insoweit in die Organisation des Staates einbezogen sei, schließt die Berufung auf die Justizgrundrechte also nicht aus. Daher war zusätzlicher Begründungsaufwand erforderlich. Um diesen Aufwand zu leisten, entschied das Gericht eine Frage, die es bislang nach eigenem Bekunden offen gelassen hatte. Obwohl die Landesverfassungsgerichte „öffentliche Gewalt“ im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ausüben und dabei gemäß Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG gebunden sind, können nicht alle ihre Entscheidungen mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Vielmehr ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig – so die vom Gericht in dem Beschluss entwickelte Voraussetzung –, wenn ein Landesverfassungsgericht das Ausgangsverfahren „in der Sache abschließend“ entscheidet.¹⁷ Diese Voraussetzung erfasse insbesondere

¹³ BVerfGE 96, 231 (240 f.).

¹⁴ BVerfGE 96, 231 (241).

¹⁵ BVerfGE 96, 231 (242 ff.).

¹⁶ BVerfGE 96, 231 (243 f.) m. w. N.

¹⁷ BVerfGE 96, 231 (243), dort mit Hervorhebungen.

Streitigkeiten, bei denen es um „Funktionen bei Ausübung des Gesetzgebungsrechts im Land“ gehe.¹⁸ Das folge letztlich aus den getrennten Verfassungsräumen von Bund und Land und der damit verbundenen „Unantastbarkeit der Landesverfassungsgerichtsbarkeit“, die das Grundgesetz in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG anerkannt habe.¹⁹ Das gelte jedenfalls, „solange“ die Länder bei der Einrichtung ihrer Landesverfassungsgerichte die Homogenitätsanforderungen des Art. 28 Abs. 1 GG beachteten, wozu die Unabhängigkeit der Richter gemäß Art. 97 Abs. 1 GG und eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung gehörten.¹⁹

Zusammenfassend lässt sich danach festhalten, dass das Bundesverfassungsgericht materiellrechtlich zwei zentrale Argumente in Stellung bringt, die beide im ersten Leitsatz anklingen: den Begriff des aktiven Status und das (bayerische) Landesrecht. Letzteres begründet dabei zum einen das „gesetzliche Rechte- und Pflichtenverhältnis“, aus dem die „besondere kompetenzielle Funktion“ der Antragsteller folge. Zum anderen ist es das Landesrecht, das den Rechtsschutz im Volksgesetzgebungsverfahren so ausgestaltet, dass die Beschwerdeführerin als Unterzeichnerin und Stimmberechtigte am Ausgangsverfahren nicht beteiligt sein konnte. Schließlich elaboriert das Gericht ein drittes, prozessrechtliches Argument: die getrennten Verfassungsräume von Bund und Ländern, die der zweite Leitsatz nennt.²⁰

§ 2 Kritik, methodische Vergewisserung und eigener Ansatz

A. Auslegung geltenden Rechts

Dass die Lösung des gestellten Problems im geltenden Recht zu suchen ist, bedarf gesonderter Erwähnung, weil das Bundesverfassungsgericht in Sachen Müllkonzept mit dem aktiven Status argumentiert.²¹ Doch der Begriff, den Georg Jellinek Ende des 19. Jahrhunderts formuliert hat, trägt zur Entscheidung nichts bei. Das gilt nicht nur (A. I.) für die Statuslehre in Jellinek'scher Prägung, sondern auch (A. II.) für die heute gebräuchliche Verwendung des Begriffs als Teil der Lehre von den Grundrechtsfunktionen.

¹⁸ BVerfGE 96, 231 (242).

¹⁹ BVerfGE 96, 231 (244).

²⁰ Dieser prozessrechtliche Aspekt allein ist es, auf den sich die Rezeption des Beschlusses konzentriert, vgl. die Nachweise oben S. 24, Fn. 5.

²¹ Mit dem aktiven Status hantiert auch *Herrmann*, LKV 2000, S. 104 (106 f.), und zwar, nachdem er den Topos als einen „nach Umfang und Inhalt umstrittenen“ Begriff bezeichnet und die Argumentation damit ausdrücklich unterlassen hat (S. 105).

I. Statuslehre nach Georg Jellinek

Der status activus ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Topos. Das Gericht argumentiert des Öfteren damit, so etwa im vierten Band der amtlichen Sammlung im Rahmen des Plenarbeschlusses zum statthaften Rechtsmittel für Parteien²², im achten Band im Zusammenhang mit einer Volksbefragung über atomare Aufrüstung,²³ wieder im 13. Band im Zusammenhang mit einer Abstimmung gemäß Art. 29 GG²⁴ sowie in jüngerer Zeit in Sachen Startbahn West.²⁵ Der Begriff stammt aus Jellineks „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, seinem „Lieblingsbuch“²⁶, das zunächst 1892 erschien und dreizehn Jahre später eine zweite Auflage erlebte.²⁷ Dort umschreibt der Autor auf verschiedene Weise, was ein Status ist. Von zentraler Bedeutung ist seine Charakterisierung als „eine das Individuum qualifizierende Beziehung zum Staate“²⁸. Status sei als Zustand vom Recht zu unterscheiden.²⁹ Der Status habe das rechtliche „Sein“ der Person zum Inhalt, wie Jellinek formuliert, und nicht das rechtliche „Haben“.³⁰ Erhalte eine Person das Recht, ungehindert Eigentum zu erwerben, verändere das nach Jellinek das Sein der Person, während etwa der Erwerb eines bestimmten Grundstückes nur das Haben betreffe.³⁰ Die Unterscheidung, etwa von Alexy als „recht unklar“ kritisiert, erfasst besser, wer die Aufspaltung des Statusbegriffs in vier „Statusverhältnisse“³¹ betrachtet.³²

Den passiven Status nimmt Jellinek zum Ausgangspunkt. In diesem Zustand ist das Individuum dem Staat unterworfen, hat die Pflicht, staatlichen Anordnungen Folge zu leisten. Die anderen drei Status handeln dagegen von Rechten. Der negative Status gewährt dem Individuum einen Status, „in dem er Herr ist, eine staatsfreie, das Imperium verneinende Sphäre.“³³ Es geht um das Recht, das Unterlassen

²² BVerfGE 4, 27 (30).

²³ BVerfGE 8, 104 (114). Dort identifiziert das Gericht den status activus aber entgegen *G. Jellinek* und entgegen BVerfGE 96, 231, mit der Ausübung von Staatsgewalt, denn es heißt: „Die angegriffenen Gesetze schaffen also die Rechtsgrundlage für eine Betätigung des Bürgers im status activus, für eine Teilnahme des Bürgers als Glied des Staatsvolkes bei der Ausübung von Staatsgewalt; nach den Gesetzen soll das Volk als Verfassungsorgan des demokratischen Staates an der Bildung des Staatswillens teilhaben.“ Später (S. 115) bemerkt das Gericht: „[D]ie Abstimmung der Bürger stellt sich essentiell als Teilhabe an der Staatsgewalt, als ein Stück Ausübung von Staatsgewalt im status activus dar“.

²⁴ BVerfGE 13, 54 (85, 93).

²⁵ BVerfGE 60, 175 (201 f.).

²⁶ *Kersten*, Jellinek, S. 24.

²⁷ *Fijal / Weingärtner*, JuS 1987, S. 97 (99); *Kersten*, Jellinek, S. 253.

²⁸ *G. Jellinek*, System, S. 83; vgl. *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, S. 198.

²⁹ *G. Jellinek*, System, S. 83 f.

³⁰ *G. Jellinek*, System, S. 84.

³¹ *G. Jellinek*, System, S. 86 f.

³² *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 230; vgl. *Pauly*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), S. 227 (228).

(eines ungerechtfertigten Eingriffs) zu fordern, also um ein Abwehrrecht, um Freiheit vom Staat.³⁴ Status positivus ist der Zustand, in dem der Einzelne seine Freiheit nicht ohne den Staat haben kann, sondern für die Schaffung und Erhaltung seiner Existenz auf staatliche Vorkehrungen angewiesen ist.³⁵ Es handelt sich um einen Anspruch auf ein Tun, um ein Leistungsrecht.³⁶ Paradebeispiel ist der Anspruch auf Rechtsschutz.³⁶ Der aktive Status schließlich gewährt dem Bürger das Recht, an der staatlichen Willensbildung mitzuwirken. Status activus ist der Zustand, in dem der Einzelne seine Freiheit für den Staat betätigt.³⁷ Es geht nicht um Grundrechte gegen den Staat, sondern um Grundrechte im Staat.³⁸

Das Recht auf Abstimmung kann bei unbefangener Betrachtung allen drei Kategorien zugeordnet werden. Es ist Abwehrrecht (negativer Status), weil es den Staat verpflichtet, es zu unterlassen, den Bürger an der Stimmabgabe zu hindern. Es ist Leistungsrecht (positiver Status), weil es dem Staat nicht nur gebietet, den Bürgern Stimmzettel und Kabinen in Abstimmungslokalen zur Verfügung zu stellen, sondern auch, die Stimmen zu zählen, das Ergebnis festzustellen und das allfällige Gesetz auszufertigen.³⁹ Es ist schließlich Mitwirkungsrecht (aktiver Status), weil es die Mitwirkung an staatlicher Willensbildung erlaubt.⁴⁰

Jellinek selbst ordnet das Abstimmungsrecht wie das Wahlrecht als subjektives Recht ein. Er legt sich fest, wieweit diese Rechte reichen und wo das Handeln des Individuums zur Ausübung von Staatsgewalt wird. Den „unmittelbaren Inhalt“ des aktiven Status bilde, „dass der einzelne ... der staatlichen Organisation als Glied eingefügt wird.“⁴¹ Zum aktiven Status gehöre daher der Anspruch auf Organstellung, der zweierlei beinhalte: die Anerkennung der betreffenden Person als Träger staatlicher Organschaft und die Zulassung zu den gesetzlich normierten Funktionen. Nicht mehr umfasst sei dagegen „die Ausübung bestimmter Funktionen, die

³³ G. Jellinek, System, S. 87, dort mit Hervorhebungen.

³⁴ Vgl. § 194 Abs. 1 BGB, der die rechtstheoretische Unterscheidung von Tun und Unterlassen positiviert, und Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 156 ff.

³⁵ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 60.

³⁶ G. Jellinek, System, S. 124.

³⁷ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 65.

³⁸ Karpen, JA 1986, S. 299 (304).

³⁹ H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Vorb. Rn. 80, sieht daher das Wahlrecht als Kombination von negatorischen und positiven Ansprüchen. Ebenso schon Thoma, in: Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten Bd. 1, S. 1 (26 f.); ders., in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II, § 102 (S. 618): Ein negatorischer (sc. negativer i.S. Jellineks) Anspruch sei das „Nichtgehindertwerdendürfen“ bei der Zulassung zu Wahl und Abstimmung, ein positiver Anspruch (Leistungsrecht) liege im Anspruch darauf, dass die zuständige Behörde den Wahl- oder Stimmzettel entgegennehme und ordnungsgemäß verwerte.

⁴⁰ Um die Mitwirkung an staatlicher Willensbildung handelt es sich jedenfalls insoweit, als dass ein Volksbegehren das Parlament zwingt, sich mit dem vorgelegten Gesetzentwurf zu befassen.

⁴¹ G. Jellinek, System, S. 139.

stets nur im staatlichen Interesse erfolgen, deren Subjekt daher ausschliesslich der Staat ist.“⁴²

Das aktive und das passive Wahlrecht sowie die Abstimmung im Parlament illustrieren die Unterscheidung. Der Wähler habe Anspruch darauf, in die Wählerlisten eingetragen und zur Wahlhandlung zugelassen zu werden.⁴³ Bei der Wahl selbst übe er dagegen mit der Bestellung eines Staatsorgans eine staatliche Funktion aus.⁴⁴ Im Augenblick der Wahl werde der Wähler staatlicher Funktionär, um sofort danach in den Stand des Privaten zurückzukehren.⁴⁴ Das werde besonders deutlich, wo eine Wahlpflicht existiere. Dort sei der Wahlakt selbst die Leistung einer öffentlichen, durch Strafen sanktionierten Dienstpflicht, die Berechtigung zu wählen also eine Kompetenz. Daneben gebe es einen individuellen Anspruch des Wählers auf Zulassung zur Wahl; die Berechtigung, als Wähler anerkannt zu werden, sei danach ein subjektives Recht.⁴⁵ Parallel dazu das passive Wahlrecht: Der Gewählte hat nach Jellinek das subjektive Recht, als gewählt anerkannt und zu den Funktionen zugelassen zu werden. Nimmt er dann als Abgeordneter an den Funktionen des Parlaments teil, übe er eine staatliche Organkompetenz aus.⁴⁶ Schließlich gelte bei der Volksabstimmung, dass „der einzelne als solcher doch auch nur den Anspruch auf Abgabe seiner Stimme“ habe. Die Abstimmung selbst sei dagegen „zweifelloos nicht mehr Individualakt, sondern Akt des obersten Staatsorgans.“⁴⁷

Jellineks aktiver Status endet also, vereinfacht gesprochen, vor der Wahlkabine, vor dem Sitzungssaal und vor der Abstimmungsurne. Der Abstimmungskampf ist noch Freiheitsgebrauch, die Stimmabgabe schon Kompetenzausübung. In Sachen Müllkonzept nähme Jellinek also entgegen dem Bundesverfassungsgericht an, dass der Bürgeraktion die Grundrechte im Abstimmungskampf gegen die Amtsträger sehr wohl zur Seite stünden.

Selbstredend darf das Bundesverfassungsgericht nicht so verstanden werden, als dass es unmittelbar aus der Statuslehre Jellineks die Reichweite der Grundrechte des Grundgesetzes ableitete. Erstens hat das Gericht sich auf Jellinek nicht namentlich berufen, sondern nur ohne Quellennachweis seinen Begriff des Aktiv-Status verwandt. Zweitens hat Jellinek die Statuslehre vor Inkrafttreten des Grundgesetzes, ja sogar noch vor der Weimarer Reichsverfassung, konzipiert, zu Zeiten des Kaiserreichs. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 kannte überhaupt keine Grundrechte; der Schutz des Einzelnen richtete sich vielmehr ausschließlich nach den Grundrechten der Länderverfassungen und den Freiheits-

⁴² G. Jellinek, System, S. 143, vgl. S. 146 f.

⁴³ G. Jellinek, System, S. 161.

⁴⁴ G. Jellinek, System, S. 159.

⁴⁵ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 423 Fn. 1.

⁴⁶ G. Jellinek, System, S. 167.

⁴⁷ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 422 f., Fn. 2.

gewährleistungen (einfacher) Reichsgesetze.⁴⁸ Unmittelbare Bedeutung für Rechtsfragen des Grundgesetzes kann der Statuslehre so nicht zukommen.

II. Lehre von den Grundrechtsfunktionen

Jellineks Statuslehre entfaltet noch heute, unter dem Grundgesetz, ihre Wirkungen: als Lehre von den Grundrechtsfunktionen.⁴⁹ Diese Lehre hat die Status-Begriffe in sich aufgenommen, indem sie die Funktionen der Grundrechte mit den vier Status Jellineks erklärt. Grundrechte haben danach im Status negativus eine abwehrrechtliche, im Status positivus eine leistungsrechtliche und im Status activus eine mitwirkungsrechtliche Funktion.

Aber auch in Gestalt der Lehre von den Grundrechtsfunktionen taugen die Begriffe der Status nur zur Systematisierung vorgefundener Rechte. Zur Frage, ob eine Bestimmung auch ein Leistungsrecht und ob sie überhaupt ein subjektives Recht gewährt, trägt die Lehre von den Grundrechtsfunktionen dagegen nichts bei. Das liegt an dem historisch überlieferten Inhalt der Status-Begriffe. Die Statuslehre Jellineks war zur Systematisierung vorgefundener Rechte geschaffen worden, schließlich ist sie unter der Überschrift „System subjektiver öffentlicher Rechte“ entwickelt worden. Als Systematisierung vorgefundener Rechte wurde die Statuslehre auch rezipiert. Noch im Kaiserreich gab Gerhard Anschütz einer Einteilung etablierter Rechte die Statusbezeichnungen Jellineks bei.⁵⁰ In Nipperdeys Kommentar zu den Grundrechten und Grundpflichten der Weimarer Reichsverfassung unterteilte Richard Thoma, unter der Überschrift „Systematische Übersicht über die subjektiven Rechte“, drei Abschnitte: „Freiheitsverbürgungen“, „Die Grundrechte des status activus“ und „Die Grundrechte des status positivus“.⁵¹ Ebenso stellt Carl Schmitt im Handbuch des Deutschen Staatsrechts eine „Sachliche Einteilung der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen“ neben eine „Übersicht über die verschiedenen Funktionen der Sätze des zweiten Hauptteils“, welche von eben den Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen handeln.⁵² Die „allgemein

⁴⁸ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 409.

⁴⁹ Vgl. nur *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 57 ff.; *Sachs*, Grundrechte, A 4 Rn. 38 ff. Dagegen sieht *H. Bauer*, DVBl. 1986, S. 208 (212 f.), einen Dualismus von Grundrechtslehre und der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht. Vgl. die Replik von *Bleckmann*, DVBl. 1986, S. 666 f., und die Duplik *Bauers*, DVBl. 1986, S. 667 f.

⁵⁰ *Anschütz*, in: Kohler (Hrsg.), Enzyklopädie, S. 1 (88 ff.).

⁵¹ *Thoma*, in: Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten, S. 1 (20 f., 26 f.). Er erstreckt „das den ganzen Staatsbau untermauernde Grundrecht des status activus“ dabei übrigens auf den Bereich der Volksbegehren und Volksentscheide nach der WRV (a. a. O., S. 26). *Thoma* besaß ein persönliches Exemplar von *Jellineks System*, das sich heute beim Bundesverfassungsgericht befindet (Signatur F 356(2), Bestands-Nr. 003946M, Stempелеindruck „Prof. Dr.-R. Thoma, Bonn, Zitelmännstr. 24“).

⁵² *C. Schmitt*, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, § 101, S. 572 (590, 604).

anerkannten“ Status Jellineks⁵³ galten Schmitt dabei nicht als Funktionen, sondern dienten der sachlichen Einordnung. Nachdem das subjektive Recht zu Zeiten des Nationalsozialismus keine Rolle gespielt hatte („Du bist nichts, dein Volk ist alles“⁵⁴), war es das Bundesverfassungsgericht, das mit den Funktionen der Grundrechte argumentierte. Bereits 1957 entschied das Gericht, dass Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur „eine Bestimmung im Sinne der klassischen Grundrechte“ sei, sondern über diese „Funktion“ hinaus „mehrere“ andere „Funktionen“ erfülle.⁵⁵ Nachdem das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung die Statusbegriffe nicht verwendet hatte, fiel es der Grundrechtsdogmatik zu, die Lehre von den Grundrechtsfunktionen und die Status-Begriffe in einen Zusammenhang zu rücken.⁵⁶

In der Tat ist es das nicht zu schmälernde Verdienst der Lehre von den Grundrechtsfunktionen, herausgearbeitet zu haben, dass eine Bestimmung mehrere Berechtigungen enthalten kann. Sofern eine Bestimmung, Art. x, mehrere Rechte gewähren kann, ist es nur folgerichtig, die Aussage: „Art. x ist ein Recht bestimmter Art“ zu vermeiden. Besser heißt es dann: „Art. x als ein Recht dieser Art“.⁵⁷ Mit anderen Worten: Auch wenn es nicht unbedingt möglich ist, eine jede Bestimmung genau einem Status zuzuordnen, bleibt es weiterhin möglich, jedes Recht mit genau einem Status zu identifizieren. Die Lehre von den Grundrechtsfunktionen hält also auch hier die Kategorien bereit, in die die Grundrechte einzuordnen sind.

Aber Kriterien dafür, ob eine Bestimmung nur ein Abwehrrecht oder auch ein Leistungs- oder ein Mitwirkungsrecht gewährt, hat die Statuslehre nicht formuliert. Daher sind solche Kriterien auch nicht in der – auf die Status-Begriffe rekurrierenden – Lehre von den Grundrechtsfunktionen enthalten. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in der angesprochenen Entscheidung zu Art. 6 Abs. 1 GG die verschiedenen Funktionen des Grundrechts nicht durch Rückgriff auf die Status, sondern durch Textinterpretation und anhand der Entstehungsgeschichte der Norm entwickelt.⁵⁸

Noch weniger enthält die Lehre von den Grundrechtsfunktionen Kriterien für die vorgelagerte Frage, ob eine Bestimmung überhaupt ein subjektives Recht gewähre. Damals wie heute gilt, dass es subjektive Rechte sind, auf welche sich die Statuslehre und damit auch die Lehre von den Grundrechtsfunktionen bezieht. Ein Argument aus dem Status setzt voraus, dass schon feststeht, dass die Berechtigung

⁵³ C. Schmitt, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, § 101, S. 591, Anm. 69.

⁵⁴ Vgl. Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 601.

⁵⁵ BVerfGE 6, 55 (71 f.). Dazu Kingreen, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 84 f.; ders., Jura 1997, S. 401 ff.

⁵⁶ Vgl. nur Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 57 ff.; Sachs, Grundrechte, A 4 Rn. 38 ff.; ders., in: Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 64 II 6 (S. 426 ff.).

⁵⁷ Sachs, in: Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 64 III 1 b (S. 455).

⁵⁸ Zusammenfassend BVerfGE 6, 55 (75 f.).

keine Kompetenz, sondern ein subjektives Recht gewährt. Die Statuslehre ist auch im Gewand der Lehre von den Grundrechtsfunktionen nicht in der Lage zu entscheiden, ob eine bestimmte Handlung, etwa die Teilnahme am Abstimmungskampf, Freiheitsgebrauch oder Kompetenzausübung darstellt.⁵⁹ All das muss nach wie vor die herkömmliche Norminterpretation leisten.⁶⁰ Die Lehre von den Grundrechtsfunktionen hat ihre Berechtigung erst auf einer Ebene danach, wenn es darum geht, als subjektive Rechte erkannte Berechtigungen zu ordnen. Die Status sind Kategorien der Allgemeinen Staatslehre. Wer grundrechtsberechtigt ist und wie weit die Berechtigung reicht, vermag die Figur des aktiven Status nicht zu sagen. Die Lehre von den Grundrechtsfunktionen und ihr Begriff des aktiven Status vermochten dem Bundesverfassungsgericht nicht zu helfen, als es darum ging, Charakter und Reichweite des Rechts auf Abstimmung zu begründen.

B. Grundgesetz als Maßstab

Die Frage, inwieweit die Grundrechte im Volksgesetzgebungsverfahren gelten, ist auf der Ebene des Grundgesetzes zu beantworten, nicht darunter und nicht darüber. Oberhalb des Grundgesetzes wäre die Antwort zu suchen, könnten die Bürger als ein Souverän handeln, der an die Verfassung nicht gebunden ist.⁶¹ Unterhalb des Grundgesetzes wäre zu schauen, hätte das Grundgesetz die gestellte Frage offen gelassen und damit die Antwort in die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers überwiesen.

Die Antwort ist nicht oberhalb des Grundgesetzes zu suchen, weil das Volk als Volksgesetzgeber nicht außerhalb der Verfassung steht.⁶² Zwar genießt das Volk als *pouvoir constituant* die Möglichkeit, sich eine neue Verfassung zu geben. Das anerkennt das Grundgesetz etwa in Art. 146. Solange das Volk sich jedoch keine neue Verfassung gibt, vermag es nur als *pouvoir constitué* zu handeln, unter der geltenden Verfassung und in Bindung an sie.⁶³ Die Möglichkeit, Verfahren zu än-

⁵⁹ Kritisch bereits *Bühler*, Subjektive öffentliche Rechte, S. 250 Fn. 366, sowie *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie, S. 18 f.; v. *Heyl*, Wahlfreiheit und Wahlprüfung, S. 190; *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 136 Fn. 1. Exemplarisch etwa ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (87), wo sub 16 a) den Bürgern, die ein Volksbegehren unterstützen, bescheinigt wird, „einen besonderen Status“ zu haben, der „mit den politischen Individualrechten des Bürgers (dem so genannten status activus)“ korrespondiere, wo aber zugleich zu lesen steht, dass die „Teilnahme am Volksbegehren“ Teil eines Gesetzgebungsverfahrens darstellt und damit Ausübung einer Kompetenz ist. Kritisch zu dieser Entscheidung auch *Jutzi*, NJ 2001, S. 645 f.; *ders.*, ZG 2003, S. 273 (277); *Koch*, ThürVBl 2002, S. 47 f.; *Rux*, ThürVBl 2002, S. 48 ff.

⁶⁰ *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 65 V 1 (S. 588). Ähnlich *Pauly*, in: Paulson/Schulte (Hrsg.), S. 227 (240).

⁶¹ Vgl. *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 3.

⁶² Vgl. *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385, 392 (1969) („the implementation of a law through popular referendum does not immunize it . . . The sovereignty of the people is itself subject to those constitutional limitations which have been duly adopted and remained unrepealed“).

dern und Bindungen aufzuheben, befreit nicht von der Verpflichtung, Verfahren und Bindungen einzuhalten, solange die Änderung noch aussteht. Setzt das Volk einfaches Recht, steht es nicht außerhalb des Grundgesetzes.

Zweitens ist die Antwort nicht unterhalb des Grundgesetzes zu suchen. Denn die Bundesverfassung beantwortet die gestellte Frage selbst. Daher bleibt dem Unterverfassungsrecht insoweit kein Gestaltungsspielraum. Zwar stellt das Grundgesetz eine Rahmenordnung dar, die ganz bewusst viele Fragen der Regelung des einfachen Gesetzgebers (oder der Verwaltung) überlässt, um den wechselnden politischen Mehrheiten Einfluss und Gestaltungsmöglichkeiten zu eröffnen. Doch dazu bilden die Grundrechte gerade die Ausnahme: Sie sollen der politischen Mehrheit Schranken setzen. Das folgt aus ihrer Historie und, jedenfalls für den Parlamentsgesetzgeber, aus Art. 1 Abs. 3 GG. Das Grundgesetz gewährt Grundrechte und entscheidet dabei selbst darüber, wer sich auf diese Rechte berufen kann und wer, spiegelbildlich, aus diesen Rechten verpflichtet wird. Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung⁶⁴ sind zentral für die Frage, wie mächtig die Grundrechte wirken. Historisch zeigen die Erfahrungen mit der Weimarer Reichsverfassung, unter der viele Grundrechte nur als Programmsätze verstanden wurden,⁶⁵ dass auf der Ebene der Verfassung geregelt sein muss, inwieweit die Grundrechte gelten. Andernfalls wären die Grundrechte insbesondere dem Parlamentsgesetzgeber preisgegeben. Doch Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG binden gerade auch den Parlamentsgesetzgeber an die Grundrechte. Die Verfassung bestimmt die Reichweite der Grundrechte also selbst, sofern sie sich nicht ausdrücklich dem Unterverfassungsrecht öffnet, wie es etwa durch die Inbezugnahme der „juristischen“ Person in Art. 19 Abs. 3 GG⁶⁶ oder bei den sog. normgeprägten Grundrechten wie Art. 14 Abs. 1 GG geschehen ist.

Ohne gezeigt zu haben, woraus sich ausnahmsweise die Relevanz des einfachen Rechts ergibt, ist es verfehlt, zur Reichweite der Grundrechte des Grundgesetzes mit Landesverfassungsrecht oder anderem untergrundgesetzlichem Recht zu argumentieren. Der Inhalt des Grundgesetzes, das in allen Ländern gleichermaßen gilt,

⁶³ *Dickersbach*, in: Geller / Kleinrahm, NW Vf, Art. 2 Anm. 2 d; *Hernekamp*, Formen und Verfahren direkter Demokratie, S. 18; *Jung*, Leviathan 1987, S. 242 (253); *Pieroth / Kampmann*, NWVBI 1987, S. 59 (60); *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 98. Zu philosophischen Wurzeln der Unterscheidung von *pouvoir constituant* und *constitué* bei *Christian Wolff* vgl. *Timme*, JuS 2004, S. 1042 (1044).

⁶⁴ Der Ausdruck Grundrechtsbindung ist gegenüber dem Begriff Grundrechtsverpflichtung vorzuzugewandt, weil Art. 1 Abs. 3 GG selbst von Bindung spricht.

⁶⁵ RGZ 111, 320 (324 v. 328 f.); *Thoma*, in: Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten Bd. 1, S. 1 (5, 11 f., 22); *Alexy*, Der Staat 29 (1990), S. 49 (52); *Eichenhofer*, in: ders. (Hrsg.), Weimarer Reichsverfassung, S. 207 (214, 216 ff.); *Gusy*, ZNR Bd. 15 (1993), S. 163 (167 ff., 171 ff.); *ders.*, Weimarer Reichsverfassung, S. 275–284; *Hartmann*, BYU Journ. of Publ. L. 18 (2004), S. 107 (125); *Hattenhauer*, Geistesgeschichtliche Grundlagen, Rn. 809; *Jarass*, in: ders. / *Pieroth*, Grundgesetz, Art. 1 Rn. 21; *Pauly*, in: Eichenhofer (Hrsg.), Weimarer Reichsverfassung, S. 1 (19); *Schlink*, EuGRZ 1984, S. 457 (458).

⁶⁶ *Pieroth*, Störung, Streik und Aussperrung, S. 198.

kann nicht davon abhängen, was einzelne Länder landesrechtlich vorsehen. In Sachen Müllkonzept hat das Bundesverfassungsgericht, wie gesehen, mit bayerischem Landesrecht argumentiert.⁶⁷ Auf die landesrechtliche Ausgestaltung des Volksgesetzgebungsverfahrens kann es jedoch erst ankommen, nachdem festgestellt worden ist, dass es um die Ausübung von Staatsgewalt geht. Für die jedenfalls im Verfassungsbeschwerdeverfahren vorrangige Frage, wie weit die Grundrechte reichen, ist Landesrecht irrelevant.⁶⁸

C. Problem als Zuordnungsproblem

Dieser Abhandlung stellt sich die Aufgabe, über die Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren durch Auslegung geltenden Rechts zu entscheiden. Dabei ist die Auslegung der einschlägigen Rechtsnormen nicht möglich, ohne den zu untersuchenden Lebenssachverhalt im Blick zu behalten.⁶⁹ Geboten ist, wie Engisch es formuliert hat, das „Hin- und Herwandern des Blickes“⁷⁰ zwischen Rechtsnorm und Lebenssachverhalt. Im Rahmen der Volksgesetzgebung kommt die Besonderheit hinzu, dass sich der Lebenssachverhalt in besonderer Weise rechtsnormgeprägt darstellt. Es sind Rechtsnormen, die das Volksgesetzgebungsverfahren überhaupt erst zugelassen und geschaffen, eingerichtet und ausgestaltet haben. Vor diesem Hintergrund stellt sich unser Problem in doppelter Weise als ein Zuordnungsproblem. Aus der Sicht des Lebenssachverhalts betrachtet geht es darum, die Verfahrensschritte des Volksgesetzgebungsverfahrens den Anwendungsbereichen der grundrechtlichen Bindungs- und Berechtigungsnormen zuzuordnen. Aus der Perspektive des Grundgesetzes betrachtet ist dagegen die Zuordnung der Anwendungsbereiche der Bindungs- und Berechtigungsnormen zueinander entscheidend.

⁶⁷ In diesem Kapitel, oben § 1. Ebenfalls auf das einfache Recht stellt ab OVG Münster, NVwZ-RR 2004, S. 283 (284) (unter Verweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung).

⁶⁸ Die Landesverfassung ist selbst dann nicht relevant, wenn sie ausdrücklich vorgibt, dass der Landesgesetzgeber an die Verfassung des Bundes gebunden ist. Das tun z. B. *BW* Vf Art. 25 Abs. 2 und *Bb* Vf Art. 2 Abs. 5 S. 2 in Verbindung mit Abs. 4 S. 1. In diesen Fällen ist der Landesvolksgesetzgeber kraft ausdrücklicher Regelung der Landesverfassung an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden, unabhängig davon, ob sich diese Bindung auch aus dem Grundgesetz ergibt. Doch auch in diesen Fällen stellt sich die Frage, welche Rechtsverhältnisse im Volksgesetzgebungsverfahren den Grundrechten des Grundgesetzes unterfallen.

⁶⁹ *Adomeit*, Rechtstheorie, S. 71 bei und in Fn. 9.

⁷⁰ *Engisch*, Einführung, S. 74 f., Fn. 4.

1. Zuzuordnender Sachverhalt: Rechtsverhältnisse

Gegenstand der Zuordnung sind die Verfahrensschritte des Volksgesetzgebungsverfahrens. Dabei kann weder allein auf die Person, die handelt, noch auf den Rechtssatz, der die Handlung normiert, abgestellt werden. Allein Personen zu betrachten, führt nicht ans Ziel, weil dieselbe Entität, sei sie eine juristische oder eine natürliche Person, sowohl grundrechtsberechtigt als auch grundrechtsverpflichtet sein kann. Im Rahmen von Art. 19 Abs. 3 GG ist anerkannt, dass eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt grundrechtsberechtigt handelt, wenn sie eine Sendung zur anstehenden Bundestagswahl veranstaltet. Zugleich handelt diese Rundfunkanstalt aber selbst grundrechtsgebunden, wenn sie das Programm inhaltlich gestaltet.⁷¹ Ebenso verhält sich eine staatliche Universität, die forscht, grundrechtsberechtigt gegenüber einer Staatsgewalt, die in die Forschung eingreifen will, und grundrechtsgebunden gegenüber Probanden, an denen sie experimentieren möchte.⁷²

Auf den Rechtssatz abzustellen, der eine Verfahrenshandlung garantiert, führt ebensowenig ans Ziel. Auf diesem Weg gälte es zu entscheiden, ob die Vorschrift ein subjektives Recht oder eine Kompetenz gewährleistet. Nur wenn es sich um ein subjektives Recht handelt, kann Grundrechtsausübung in Rede stehen. Geht es dagegen um eine Kompetenz, wird Staatsgewalt ausgeübt, und die Personen unterliegen der Grundrechtsbindung. Die Frage, ob eine Vorschrift des objektiven Rechts ein subjektives Recht gewährt, wird zumeist nach der Schutznormlehre beurteilt. Sie geht zurück auf Ottmar Bühler, der das subjektive öffentliche Recht bereits 1914 definierte.⁷³ Voraussetzung ist es danach und auch heute noch jedenfalls, dass die Berechtigung aus einem zwingenden Rechtssatz folgt, der ein Individualinteresse schützt.⁷⁴ Weil die Schutznormlehre somit an einen Rechtssatz anknüpft, verfehlt sie hier das Problem: Nicht ob Grundrechte subjektive Rechte darstellen, sondern wie weit diese subjektiven Rechte reichen, ist die Frage. Hinzu kommt, dass der erste Schritt der Prüfung, die Anknüpfung an die einschlägige Vorschrift, nicht zu bewältigen ist. Denn Klarheit, welcher Rechtssatz auszulegen ist, besteht nur, wenn genau ein Rechtssatz die Handlung garantiert. Im Volks-

⁷¹ Vgl. BVerfGE 31, 314 (322); 74, 297 (317 f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann sich die Rundfunkanstalt nicht auf alle Grundrechte, sondern nur auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen, so BVerfGE 59, 231 (254 f.); 78, 101 (102 f.).

⁷² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann sich die Universität dabei nur auf Art. 5 Abs. 3 GG (BVerfGE 15, 256 (262)) sowie auf solche Grundrechte berufen, die ein die Ausübung der Rundfunkfreiheit unterstützendes Verhalten schützen, also auch auf Art. 10 und Art. 19 Abs. 4 GG, siehe BVerfGE 107, 299 (310 f.); *Sachs*, JuS 2003, S. 1213 (1214). Zur Grundrechtsberechtigung neben der Grundrechtsbindung der Universität vgl. auch *Kingreen*, in: Leuze/Epping (Hrsg.), Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen, Vorbem. §§ 106–108, Rn. 2; *Pieroth*, Störung, Streik und Aussperrung, S. 206; *Schmidt-Aßmann*, in: Festschrift Thieme, S. 697 (705 ff., bes. 708).

⁷³ *Bühler*, Subjektive öffentliche Rechte, S. 224; ebenso *ders.*, in: Bachof et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift W. Jellinek, S. 269 (274).

⁷⁴ Vgl. *H. Bauer*, Geschichtliche Grundlagen, S. 135; *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, S. 2.

gesetzgebungsverfahren stehen aber immer mehrere Verfassungsrechtssätze zur Auswahl, die ihrem Wortlaut nach alle einschlägig sein könnten. Jede Verfahrenshandlung kann nämlich sowohl einer Grundrechtsbestimmung als auch einer Kompetenzvorschrift zugeordnet werden,⁷⁵ entweder dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, das als allgemeine Handlungsfreiheit verstanden wird, oder der Kompetenz des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, der „Abstimmungen“ regelt.⁷⁶

Schließlich ist auch der zweite Schritt der Schutznormlehre – die Entscheidung, ob der einschlägige Rechtssatz ein subjektives Recht gewährt – nicht unproblematisch. Denn es ist durchaus möglich, dass derselbe Rechtssatz mehrere Berechtigungen gewährleistet, unter denen sowohl subjektive Rechte als auch Kompetenzen sein können. Das zeigt die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG. Sie umfasst die Rechtsetzungshoheit der Gemeinde, also die Befugnis, Ortsrecht zu erlassen.⁷⁷ Gegenüber dem Bürger gewährt Art. 28 Abs. 2 GG der Gemeinde die Rechtsetzungshoheit wohl als Kompetenz.^{77a} Im Verhältnis zum Staat, insbesondere gegenüber dem Gesetzgeber der Gemeindeordnung, gewährt Art. 28 Abs. 2 GG der Gemeinde die Rechtsetzungshoheit dagegen als subjektives Recht.⁷⁸ Das ist der Grund, warum die Aussage zutrifft, dass bei Art. 28 Abs. 2 GG die Grenzen des Schutzbereichs zugleich die Kompetenzgrenzen markieren.⁷⁹

⁷⁵ Um ein weiteres Beispiel zu geben: Die Berechtigung, eine politische Auffassung zu verkünden, ist sowohl in Art. 5 Abs. 1 GG als auch in Art. 65 GG gewährt. Dabei steht Art. 5 Abs. 1 GG dem Bürger und Art. 65 GG Mitgliedern der Bundesregierung im Zusammenhang mit deren Öffentlichkeitsarbeit zu.

⁷⁶ Der Begriff der Abstimmungen braucht nicht auf die Stimmabgabe beschränkt verstanden zu werden. Vielmehr ist er in der Lage, das gesamte Verfahren zu erfassen, so dass auch jene Handlungen, die der Stimmabgabe vorangehen und ihr folgen, darunter fielen. So wird immerhin der Begriff der Wahl verstanden, der gleichfalls in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG enthalten ist. Versteht man den Begriff wie in Art. 38 GG, dann ist der gesamte Wahlvorgang erfasst, von der Aufstellung der Bewerber über die Stimmabgabe und die Auswertung der abgegebenen Stimmen bis zur Zuteilung der Abgeordnetensitze (*Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 2; *Stern*, Staatsrecht Bd. I, § 10 II 3 b (S. 304 f.)). Zur Frage, ob Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur Abstimmungen auf Bundesebene erfasst, vgl. unten in diesem Teil, Zweites Kapitel, § 1 B. I. Zu Vorschriften im einfachen Recht, die ein Verhalten sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich garantieren, vgl. *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 31; *D. Schmidt*, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 39 m. w. N.

⁷⁷ BVerfGE 32, 346 (361) (ohne Nennung einer Vorschrift); BVerfGE 52, 95 (117); BVerfG, NVwZ 1982, S. 306 (307); *Erichsen*, Kommunalrecht NRW, § 4 A 4 (S. 50), § 4 B 2 a bb (S. 64); *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 2, Art. 28 Rn. 78; *Stober*, Kommunalrecht, § 18 I 1 (S. 258); *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, Art. 28 Abs. 2 Rn. 182; *Vogelgesang*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 28 Rn. 118, 126 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001); *Vogelgesang/Lübking/Jahn*, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 408.

^{77a} Vgl. *Maunz/Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 44 (Stand: Oktober 1996) („Befugnis“); *Stern*, in: Dolzer/K. Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 28 Rn. 72, 105 („Rechtsetzungsbefugnis“) (Stand: Dezember 1964); *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, Art. 28 Abs. 2 Rn. 182 („Kompetenz“); a. A. *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 2, Art. 28 Rn. 40 m. w. N.

⁷⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 11.

Zuzuordnen sind nach alledem weder Personen noch Rechtssätze, sondern Rechtsverhältnisse.⁸⁰ Der Begriff berücksichtigt, dass Rechtssätze, die die Verfahrenshandlungen vorsehen, und Personen, die diese Verfahrenshandlungen vornehmen, jeweils nur notwendige, aber nicht hinreichende Bedingungen der Zuordnung sind. Erst zusammen genommen erlauben sie eindeutige Qualifikationen. Ein Rechtsverhältnis besteht dabei, so soll der Begriff in dieser Abhandlung verwendet werden, aus drei Elementen: zwei Personen, namentlich dem Berechtigten und dem Verpflichteten, sowie der Berechtigung.⁸¹ Die Berechtigung ist darauf gerichtet, eine Handlung vorzunehmen oder ihre Unterlassung zu fordern.⁸² Sie kann entweder öffentlich-rechtliche Kompetenz oder subjektives öffentliches Recht sein, und sie folgt stets aus einem Rechtssatz.

II. Maßgebende Tatbestände: Bindungsnorm vor Berechtigungsnormen

Im Grundgesetz regelt Art. 1 Abs. 3 die Grundrechtsbindung. Danach binden die Grundrechte „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“ als unmittelbar geltendes Recht, wobei die Wendung von der „Gesetzgebung“ nicht schon ihrem Wortlaut nach verrät, ob damit nur die Parlamentsgesetzgebung oder auch die Volksgesetzgebung gemeint ist.

Die Grundrechtsberechtigung ist nicht in einer Vorschrift ausdrücklich und allgemein normiert, sondern stellt eine Erkenntnis dar, welche die Dogmatik aus dem Gesamt der besonderen Grundrechtsbestimmungen gewonnen hat. Einschlägig sind zunächst alle Normen, die Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte gewähren, also die meisten Vorschriften aus dem ersten Abschnitt des Grundgesetzes sowie die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG aufgezählten Bestimmungen. Danach ist zum einen der Mensch⁸³, die „Person“⁸⁴ oder „Männer und Frauen“⁸⁵ bzw. „[j]eder“⁸⁶, „jedermann“⁸⁷ oder „jemand“⁸⁸ berechtigt. Zum anderen sind „[a]lle Deut-

⁷⁹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 10; *Tettinger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 2, Art. 28 Abs. 2 Rn. 173; vgl. BVerfGE 79, 127 (147).

⁸⁰ Vgl. *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 2 f., sowie zur Rechtsverhältnislehre allgemein *Achterberg*, Rechtsverhältnisordnung, 1982.

⁸¹ So der Sache nach auch die Definition von *Achterberg*, Rechtsverhältnisordnung, S. 31. Vgl. a. a. O., S. 31 ff., zu konkurrierenden Definitionen.

⁸² Dem entspricht, aus der Perspektive des Verpflichteten betrachtet, die Verpflichtung, die Handlung zu dulden oder zu unterlassen. Vgl. zu den deontischen Grundoperatoren und dazu, dass ein jeder durch jeden anderen ersetzt werden kann, *Alexy*, Grundrechtstheorie, S. 182 ff.

⁸³ Vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG. Zur Frage, ob Art. 1 Abs. 1 GG zu den Grundrechten zählt, vgl. oben S. 60, Fn. 120.

⁸⁴ Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG, vgl. Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG („Personen“).

⁸⁵ Art. 3 Abs. 2 GG.

⁸⁶ Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 104 Abs. 3 GG.

⁸⁷ Art. 9 Abs. 3 S. 1, Art. 17, Art. 103 Abs. 1 GG.

schen“⁸⁹, „jeder Deutsche“⁹⁰ sowie „inländische juristische Personen“⁹¹ genannt.⁹² Daraus folgt, dass die Grundrechte in Deutschengrundrechte und Jedermanngrundrechte zerfallen,⁹³ mit anderen Worten: in Bürger- und Menschenrechte.⁹⁴ Auf die genannten Normen aufbauend, die in der Regel Einzelpersonen berechtigen, verdient schließlich noch Art. 19 Abs. 3 GG Beachtung. Diese Vorschrift regelt die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen, befasst sich also mit Personenmehrheiten.

Aufgabe dieser Abhandlung ist es, die Anwendungsbereiche der Bindungsnorm und der Berechtigungsnormen einander so zuzuordnen, dass sie alle im Volksgesetzgebungsverfahren auftretenden Rechtsverhältnisse erfassen, ohne sich zu überschneiden. Die Anwendungsbereiche dürfen sich nicht überschneiden, weil dieselbe Handlung (wie gezeigt) nicht zugleich in einem subjektiven Recht und in einer Kompetenz gründen kann.⁹⁵ Die Anwendungsbereiche der Bindungs- und Berechtigungsnormen erfassen die Verfahrenshandlungen vollständig, weil das Grundgesetz (wie dargelegt) die Reichweite der Grundrechtsgeltung selbst regelt. Ob eine Handlung Grundrechtsgebrauch darstellt, muss daher von Verfassung wegen feststehen.⁹⁶

Sowohl die Berechtigungsnormen als auch die Bindungsnorm bieten sich als Ausgangspunkt der Auslegungsarbeit an. Mit welcher dieser Vorschriften ist zu beginnen? Für das Ergebnis der Auslegungsbemühungen ist die Antwort ohne Be-

⁸⁸ Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Vgl. spiegelbildlich, aus der Warte der Grundrechtsbindung formuliert, „[n]iemand“: Art. 3 Abs. 3 S. 1, 2, Art. 4 Abs. 3, Art. 12 Abs. 2, Art. 33 Abs. 3 S. 2, Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 3 GG.

⁸⁹ Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 20 Abs. 4 GG, vgl. Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG.

⁹⁰ Art. 33 Abs. 1, 2 GG, vgl. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 4. Spiegelbildlich Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG: „[k]ein Deutscher“.

⁹¹ Art. 19 Abs. 3 GG.

⁹² Manchmal wird kein Berechtigter genannt, vgl. Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 4 S. 1, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 101 Abs. 1 S. 1, Art. 103 Abs. 2 GG. Manchmal wird der Berechtigte näher bestimmt: Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG.), Erziehungsberechtigte (Art. 6 Abs. 3, Art. 7 Abs. 2 GG), Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG), uneheliche Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG), Lehrer (Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG) und politisch Verfolgte (Art. 16a Abs. 1 GG), vgl. Festgehaltene (Art. 104 Abs. 4 GG).

⁹³ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 107 ff.; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 116 Rn. 3.

⁹⁴ Vgl. die Unterscheidung zwischen Zusicherungen an alle im Bundesgebiet befindlichen Menschen, auch Menschenrechte genannt, und Grundrechten nur der Deutschen, auch Bürgerrechte genannt, die Richard Thoma in einem Gutachten vornimmt, das er dem Parlamentarischen Rat unter dem Titel „Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuß beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs“ unter dem 25. 10. 1948 erstattet hat (Drs. PR 11.48–244, S. 12, abgedruckt bei H.-P. Schneider (Hrsg.), Dokumentation Bd. 10, Dok. 25, S. 431).

⁹⁵ Vgl. oben Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2.

⁹⁶ Vgl. oben in diesem Kapitel, § 2 B.

lang. Denn Bindungsnorm und Berechtigungsnormen sind ohnehin so auszulegen, dass ihre Anwendungsbereiche „aneinandergrenzen“. Weil es im Verhältnis von Staat und Bürger grundrechtsneutrales Verhalten nicht geben kann, verhalten sich Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung zueinander wie korrespondierende Röhren. Was der einen Seite genommen, wächst der anderen Seite hinzu. Weil die Wahl des Ausgangspunktes also für das Ergebnis der Auslegung unerheblich ist, dürfen pragmatische Überlegungen die Entscheidung bestimmen. Hier soll die Bindungsnorm den Vorzug erfahren, weil sie sachnäher, zugänglicher und rechtfertigungsnäher ist: Die Bindungsnorm ist sachnäher, denn sie regelt die Abgrenzung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung ausschließlich und ausdrücklich, wobei sie als Ausgangspunkt die Grundrechtsbindung wählt. Die Berechtigungsvorschriften regeln die Grundrechtsberechtigung dagegen eher beiläufig. Die Bindungsnorm ist zugänglicher, weil sie in einer Vorschrift versammelt, was die Berechtigungsnormen auf viele Bestimmungen verteilen. Zudem verwenden die Berechtigungsnormen viele verschiedene Formulierungen, um die beiden Kategorien der Grundrechtsberechtigten zu beschreiben. Die Bindungsnorm ist schließlich rechtfertigungsnäher. Der freiheitliche Charakter des Grundgesetzes gebietet, dass nicht die Grundrechtsberechtigung der Bürger, sondern ihre Bindung rechtfertigungsbedürftig ist! Die Freiheitsbetätigung des Einzelnen ist das grundlegende, allen staatlichen Einschränkungen vorausliegende Element, während der Staat für Beschränkungen der Grundrechte gewissermaßen darlegungs- und beweispflichtig ist.⁹⁷

Bei der Auslegung der Bindungsnorm gewinnen systematische Argumente besondere Bedeutung. Sie allein berücksichtigen das Verhältnis von verschiedenen Normen geltenden Rechts zueinander, um das es bei einem Zuordnungsproblem geht. Systematische Argumente, denen das hier zu lösende Problem selbst besonderes Gewicht zuweist, sind in der Lage, ein Doppeltes zu leisten: Zum einen erlauben sie die methodengerechte Synchronisation von Bindungsnorm und Berechtigungsnormen. Zum anderen sorgen sie dafür, dass die dieser Abhandlung übergeordneten Gesichtspunkte nicht aus dem Blick geraten, etwa die Frage, inwiefern staatsorganisationsrechtliche Vorschriften wie die Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes oder objektiv-rechtliche Verfassungsprinzipien (wie etwa das aus dem Rechtsstaatsprinzip zu gewinnende Anhörungsrecht⁹⁸) für die Volksgesetzgebung überhaupt maßgeblich sind. Die systematische Auslegung erlaubt es nämlich, die Reichweite der Grundrechtsgeltung aus der Abgrenzung des Auslebens von Freiheit gegenüber der Ausübung von Staatsgewalt zu bestimmen. Normativer Anknüpfungspunkt ist Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als systematisches Argument für die Auslegung sowohl der Bindungsnorm wie der Berechtigungsnormen.

Die Abgrenzung von Freiheitsgebrauch und der Ausübung von Staatsgewalt umfasst die Frage nach Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung. Grund-

⁹⁷ H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Vorb. Rn. 70; Enders, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, vor Art. 1 Rn. 45 (Stand: Grundwerk 2000).

⁹⁸ BVerfG, NVwZ 1982, S. 367 (367).

rechtsberechtigung und Grundrechtsbindung, Figuren der Allgemeinen Grundrechtslehre, beziehen sich nur auf die Grundrechte. Freiheitsgebrauch und Staatsgewaltsausübung sind dagegen Figuren des Allgemeinen Teils des Grundgesetzes, gelten also für die Grundrechte und das Staatsorganisationsrecht gleichermaßen. Das lässt sich schon daran erkennen, dass die Ausübung von Staatsgewalt nicht nur an die Grundrechte gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG), sondern auch das übrige Verfassungsrecht zu beachten hat (Art. 20 Abs. 3 GG), also insbesondere das Staatsorganisationsrecht samt der Kompetenzordnung.

Zweites Kapitel

Ausleben der Freiheit und Ausüben der Staatsgewalt

Die Frage nach der Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren ist für jedes Rechtsverhältnis, das im Zuge des Verfahrens entsteht, neu zu beantworten. Freilich ist es im Rahmen dieser Abhandlung weder möglich noch sinnvoll, alle Rechtsverhältnisse zu untersuchen, die sechzehn verschiedene Länder in ihren jeweiligen Landesverfassungen, Gemeindeordnungen und Ausführungsgesetzen bereitstellen. Es gibt zu viele. Die Darstellung muss sich deshalb darauf beschränken, die wichtigsten Rechtsverhältnisse exemplarisch herauszugreifen. Zunächst gilt es jedoch, einige allgemeine Überlegungen zur Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG voranzustellen.

§ 1 Allgemeines zur Auslegung der Bindungsnorm

Bei der Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG stellt diese Abhandlung das Merkmal der Gesetzgebung in den Mittelpunkt. Das liegt vor allem für Volksgesetze auf Landesebene nahe, die durch Volksbegehren und Volksentscheid zu Stande kommen. Die Ausführungen beanspruchen Geltung jedoch auch für die kommunale Ebene. Soweit die Rechtsetzung in der Kommune samt Bürgerentscheiden vorzugswürdig nicht als Gesetzgebung, sondern als „vollziehende Gewalt“ anzusehen sein sollte, weil die Kommunen zur vollziehenden Gewalt gehören und Bürgerentscheide materiell Gemeindeverwaltung bleiben,⁹⁹ lässt das jedenfalls die vorzutragenden systematischen Argumente unangefochten. Außerdem erlaubt es der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG sogar auch, ganz allgemein die kommunale Rechtsetzung unter „Gesetzgebung“ zu fassen. Denn der Begriff des Gesetzes muss nicht formell, sondern kann auch materiell verstanden werden. Gesetz im formellen Sinn ist jede Norm, die im verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Ver-

⁹⁹ Oebbecke, Verw 37 (2004), S. 105 (107); ebenso für kommunale Rechtsetzung im allgemeinen BVerfGE 65, 283 (289), Pjeroth, in: Jarass / Pjeroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 10.

fahren der Gesetzgebung zu Stande kommt. Gesetz im materiellen Sinn sind alle abstrakt-generellen Regelungen.¹⁰⁰ Weil die Definition des materiellen Gesetzes auf die Form des Rechtssatzes nicht abstellt, fallen Rechtsverordnungen und Satzungen darunter. Daher lässt der Wortlaut der Vorschrift es zu, kommunale Satzungen als Gesetze im materiellen Sinn unter die erste Variante in Art. 1 Abs. 3 GG zu fassen.

A. Zur grammatischen Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG

Die Bedeutung des Begriffs Gesetzgebung in Art. 1 Abs. 3 GG sei, so moniert Stern, weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung hinreichend geklärt.¹⁰¹ Daher ist es nicht zu banal festzuhalten, dass Gesetzgebung zunächst einmal das Geben der Gesetze bezeichnet. Zum Geben der Gesetze gehört es, einen Entwurf zu erarbeiten, einzubringen und zu beraten und ein Gesetz zu verabschieden, auszufertigen und zu verkünden. Allein, all das sind Tätigkeiten, und eine Tätigkeit gebunden zu denken fällt schwer: Gebunden sein kann doch nur der Täter!¹⁰² Daraus folgt: Gesetzgebung könnte, seinem Wortlaut nach, nicht bloß (funktionell) das Geben der Gesetze bezeichnen, sondern auch (institutionell) deren Geber. Ist der Geber der Gesetze gemeint, sind jedenfalls jene Organe erfasst, die typischerweise mit den Funktionen der Gesetzgebung betraut sind, also die Parlamente.¹⁰³ Ob auch das Volk in diesem Sinne Gesetzgeber ist, bedürfte dagegen eigener Begründung, schließlich sieht das Grundgesetz die Volksgesetzgebung selbst nicht vor. Ist dagegen das Geben der Gesetze gemeint, rückt die Tätigkeit, Recht zu setzen, in den Vordergrund,¹⁰⁴ und diese Tätigkeit erfasst die Volksgesetzgebung auf jeden Fall. Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG lässt sowohl die institutionelle als auch die funktionelle Interpretation zu, und beide Auslegungen sind in der Literatur als möglich anerkannt.¹⁰⁵ Grammatisch liegt die funktionelle Interpretation der Gesetzgebung (als Geben der Gesetze) wohl näher am „Kern“¹⁰⁶ des Begriffs als die institutionelle Interpretation (Geber der Gesetze).¹⁰⁷ Denn das Suffix „-ung“

¹⁰⁰ Grawert, Jura 1982, S. 300 (301).

¹⁰¹ Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 73 III 1 (S. 1267).

¹⁰² Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Rn. 100 (Altkommentierung); Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 72 III 3 (S. 1204).

¹⁰³ H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Art. 1 III Rn. 53; Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Rn. 100 f. (Altkommentierung).

¹⁰⁴ Höfling, JA 1995, S. 431 (433); Kunig, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 1, Art. 1 Rn. 58; Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 72 III 3 c (S. 1205); vgl. Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 334.

¹⁰⁵ Höfling, JA 1995, S. 431 (432); Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 72 III 3 (S. 1204), § 73 III 1 (S. 1267).

¹⁰⁶ Zu den Termini Begriffskern und Begriffshof vgl. nur Engisch, Einführung, S. 139; Otte, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 172 (184); Zippelius, Methodenlehre, § 12 I (S. 73).

¹⁰⁷ Ebenso Pieroeth/Schlink, Grundrechte, Rn. 167, für die vollziehende Gewalt.

zeigt, dass ein Verb substantiviert wurde.¹⁰⁸ Ein Verb, auch „Tatwort“ genannt,¹⁰⁹ bezeichnet eben eine Tätigkeit, und dieser Bezug geht auch dem substantivierten Verb nicht verloren.¹¹⁰ Genetisch spricht außerdem für dieses Ergebnis, dass Art. 21 Abs. 2 HChE, wo ausdrücklich vom „Gesetzgeber“ die Rede war,¹¹¹ gerade nicht Gesetz geworden ist.

B. Zur systematischen Auslegung mit Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG

Auf den ersten Blick liefert Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ein gewichtiges Argument gegen die Grundrechtsbindung des Volksgesetzgebers. Hier ist die Abstimmung neben der Gesetzgebung genannt. Art. 1 Abs. 3 GG bindet demgegenüber seinem Wortlaut nach nur die Gesetzgebung an die Grundrechte; von der Abstimmung ist dort keine Rede. Diese Diskrepanz ist gemeint, wenn folgend vom Asynchronitätsargument die Rede ist.

I. Relevanz der Vorschrift

Das Asynchronitätsargument läuft ins Leere, sollte sich der Begriff der Abstimmung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erschöpfend auf die im Grundgesetz genannten Abstimmungen (Art. 29, 118, 118a GG) beziehen, wie Maunz meint.¹¹² Dem Asynchronitätsargument könnte außerdem die praktische Relevanz fehlen, wenn Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur den Bund und die Bundesstaatsgewalt adressiert, wie Ebsen und Ehlers es für richtig halten.¹¹³ Die Aktivbürgerschaften der Länder und der kommunalen Gebietskörperschaften seien nicht gemeint, weil Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG anordne, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätzen zu folgen habe. Das wäre überflüssig, so das Argument, wenn Art. 20 GG selbst schon die Geltung dieser Grundsätze auch für die Landesverfassung vorgebe.¹¹⁴ Eine Abstimmung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG könne daher nur vorliegen, wenn eine Abstimmung des (gesamten) Bundesvolkes erfolge.¹¹⁵

¹⁰⁸ Klosa/Scholz-Stubenrecht/Wermke, Duden Bd. 4 – Grammatik, Rn. 911, 909 („Nomina Actionis“).

¹⁰⁹ W. Schneider, Deutsch, S. 66; Reiners, Stilkunst, S. 111.

¹¹⁰ Vgl. Klosa/Scholz-Stubenrecht/Wermke, Duden Bd. 4 – Grammatik, Rn. 139.

¹¹¹ Zitiert bei H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Art. 1 III Rn. 5 Fn. 24; Stern, Staatsrecht Bd. III/1, § 72 II 1 (S. 1192). Zum Herrenchiemsee-Entwurf allgemein Frottscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 727.

¹¹² Maunz, DÖV 1959, S. 1 (4); ebenso Stern, Staatsrecht Bd. II, § 25 II 1 (S. 16).

¹¹³ Ebsen, AöR 110 (1985), S. 2 (6 f.); Ehlers, in: Festschrift E. Stein, S. 125 (130).

¹¹⁴ Bugiel, Volkswille und repräsentative Entscheidung, S. 119 f.; Ebsen, AöR 110 (1985), S. 2 (6 f.).

¹¹⁵ Rommelfanger, Referendum, S. 126.

Beide Einwände hinterlassen Zweifel. Ob das zuletzt referierte Argument seine Schlussfolgerung trägt? Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG normiert grundlegende verfassungsrechtliche Prinzipien für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern. Die Vorschrift adressiert also den Landesverfassungsgeber, aber weder den Landesgesetzgeber noch die Rechtsetzungsorgane der Kommunen.¹¹⁶ Aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG folgt also allenfalls, dass Art. 20 GG den Landesverfassungsgeber nicht adressiert. Dass Art. 20 GG weder den einfachen Landesgesetzgeber noch die kommunale Rechtsetzung adressiert, gibt Art. 28 GG dagegen nicht her.¹¹⁷ Dagegen (und gegen Maunz) spricht zudem der Titel des II. Abschnitts, den Art. 20 GG einleitet. Ausweislich dieses Titels geht es in dem Abschnitt um den Bund „und die Länder“. Nachdem Abs. 1 des Art. 20 GG das Bundesstaatsprinzip normiert hat, das beide Ebenen des Bundesstaates betrifft, richtet sich Abs. 2 der Vorschrift gleichfalls an den Bund wie die Länder. Andernfalls könnten der Landesgesetzgeber, die Landesverwaltung und alle Gerichte der Länder die Verfassungsbindung des Art. 20 Abs. 3 GG abschütteln mit dem Verweis darauf, dass Art. 20 GG nur die Bundes-, nicht aber die Landesstaatsgewalt adressiere. Dementsprechend erfasst der Begriff der Wahlen in Art. 20 Abs. 2 S. 2 auch die Wahlen zu Kommunalvertretungen.¹¹⁸ Deshalb spricht wohl mehr dafür, unter Volk im Sinne der Vorschrift auch das Volk eines Landes und das Teilvolk in einer Kommune zu verstehen.¹¹⁹

Letztlich kann die Frage, ob Art. 20 Abs. 2 GG nur die Bundesstaatsgewalt oder auch die in Ländern und Kommunen ausgeübte Landesstaatsgewalt meint, hier jedoch unentschieden bleiben. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Die so gleich auch aus dem Zusammenspiel von Art. 1 Abs. 3 GG mit Art. 20 Abs. 2 GG abzuleitende Reichweite von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung gilt nach allen Ansichten jedenfalls für eine Bundesvolksgesetzgebung (sofern diese denn eingeführt würde). Die Vorschriften, welche die Grundrechtsberechtigung und die Grundrechtsbindung regeln (also die Grundrechte, Art. 19 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG), unterscheiden nun aber nicht danach, ob Bundes- oder Landesstaatsgewalt diszipliniert werden soll: Die Wirkkraft der Grundrechte ist stets dieselbe, gleichviel gegenüber welcher Staatsgewalt ein Berechtigter die Grundrechte in Stellung bringt. Grundrechte entfalten daher bei der Volksgesetzgebung auf Landes- und kommunaler Ebene dieselbe Wirkkraft wie bei der Bundesvolksgesetz-

¹¹⁶ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 1 f. m. w. N. auch zu anderen Ansichten.

¹¹⁷ Dementsprechend sehen auch *Pieroth/Kampmann*, NWVBl 1987, S. 59 (60), das Landesstaatsvolk als durch Art. 20 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 GG adressiert an.

¹¹⁸ *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 2, Art. 20 Rn. 18, mit Verweis auf BVerfGE 18, 151 (154). A.A. *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 90 u. Fn. 250.

¹¹⁹ *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, S. 88 ff.; *Pieroth/Kampmann*, NWVBl 1987, S. 59 (60); *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329 (349 f.). A.A. *Ehlers*, in: Festschrift E. Stein, S. 125 (130).

gebung. Das bedeutet: Aussagen, die Art. 20 Abs. 2 GG für die Reichweite der Grundrechte gegenüber dem Bundesvolksgesetzgeber rechtfertigt, gelten gleichermaßen gegenüber den anderen Volksgesetzgebern.

II. Numerus clausus der Ausübung von Staatsgewalt

Weil diese Abhandlung die Abgrenzung von Grundrechtsgebrauch und Kompetenzausübung anhand der Unterscheidung zwischen Freiheitsgebrauch und der Ausübung von Staatsgewalt versucht, stellt sich die Frage, ob Staatsgewalt ausschließlich in jenen Formen ausgeübt werden kann, die Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nennt. Normiert die Vorschrift einen Numerus clausus der Ausübung von Staatsgewalt?

Dafür spricht zunächst der Wortlaut. Das Subjekt des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ist das Personalpronomen „[s]ie“. Ein Personalpronomen, auch persönliches Fürwort genannt, steht für eine Person (oder eine Sache).¹²⁰ Es nimmt in der vorliegend einschlägigen Form der 3. Person anaphorisch (rückwirkend) auf Personen, Dinge und Sachverhalte Bezug, hier um die unmittelbare Wiederholung des Subjekts zu vermeiden.¹²¹ In Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG bezieht sich das Personalpronomen „[s]ie“ also rückwirkend auf den S. 1 der Vorschrift, und zwar nicht auf „Staatsgewalt“, sondern auf „Alle Staatsgewalt“. Satz 2 ist also nicht zu lesen als „*Staatsgewalt* wird ausgeübt“, was die Deutung im Sinne von „wird *auch* ausgeübt“ nahe legte, sondern als „*Alle Staatsgewalt* wird ausgeübt“. Daher spricht die grammatische Interpretation des Satzes 2 dafür, die Aufzählung abschließend zu verstehen.

Die Systematik der Norm stützt dieses Ergebnis. Wenn in demselben Absatz zunächst der Ausgangspunkt, die Quelle der Staatsgewalt, beschrieben wird und anschließend der Ankunftsort geregelt ist, ohne dass die Vorschrift Weiteres enthält, dann legt das eine Interpretation nahe, welche nicht unterwegs Teile verloren gehen lässt, sondern die Staatsgewalt vollständig in S. 2 ankommen sieht. „Alle Staatsgewalt“ teilt sich danach auf in Wahlen und Abstimmung, in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Staatsgewalt kann nur „in Wahlen und Abstimmungen“ und „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“ werden. Die Aufzählung ist abschließend.

¹²⁰ Dudenredaktion (Hrsg.), Duden Bd. 9 – Richtiges und gutes Deutsch, Art. Personalpronomen (S. 655, I. Sp.).

¹²¹ Vgl. Klosa/Scholze-Stubenrecht/Wermke, Duden Bd. 4 – Grammatik, Rn. 583.

III. Reichweite der Wendung „vom Volke“

Dass Staatsgewalt nur in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt werden kann, besagt noch nichts über das Verhältnis dieser Ausübungsweisen zueinander. Die Formulierung des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG wirft daher auch die Frage auf, ob sich die Wendung „vom Volke“ („Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen ... ausgeübt“) nur auf den ersten Teil der Vorschrift bezieht, aus dem sie stammt,¹²² oder auch auf den zweiten Teil, der von den besonderen Organen handelt¹²³. Die Wendung „vom Volke“ wäre deutlich auf beide Teile bezogen, befände sie sich „vor die Klammer gezogen“. Dann hieße die Vorschrift etwa: „Sie wird vom Volke ausgeübt in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung.“¹²⁴ Im Gegensatz dazu wären eindeutig nur Wahlen und Abstimmungen gemeint, lautete die Formulierung: „Sie wird durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung und vom Volke in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt.“¹²⁵ Weil Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG weder diese noch jene Formulierung vorsieht, lässt sein Wortlaut beide Lesarten zu.¹²⁶

Trotzdem wird bei näherem Hinsehen klar, dass sich die Wendung „vom Volke“ auch auf den zweiten Teil beziehen muss. Vor allem sind es die Präpositionen „durch“ und „von“, die entscheidend für dieses Ergebnis sprechen. In der Formulierung des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG enthält das Nebeneinander der Pronomen „von“ und „durch“ nämlich die inhaltliche Aussage, dass das Volk der eigentliche Träger des Geschehens ist, während die besonderen Organe nur Mittelspersonen darstellen. Das ergibt sich aus folgender Überlegung.

Entscheidet sich eine passive Formulierung dafür, den Handelnden (Agens) zu benennen, geschieht das in der Regel durch die Präpositionen „von“ oder „durch“.¹²⁷ Dabei wird eine Person mit der Präposition „von“ angeschlossen, wenn es sich um den Urheber oder Träger des Geschehens handelt.¹²⁸ Dagegen

¹²² So etwa *Katz*, Staatsrecht, Rn. 144.

¹²³ So etwa *Jürgens*, Direkte Demokratie, Rn. 265.

¹²⁴ Noch deutlicher vielleicht: „Sie wird vom Volke ausgeübt, *und zwar* in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung.“

¹²⁵ Noch deutlicher vielleicht: „Sie wird durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung sowie vom Volk selbst in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt.“

¹²⁶ Für die letzte Alternative *Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, S. 110, Fn. 10 auf S. 110 f., Fn. 17 auf S. 113: Gemäß dem zweiten Teil der Vorschrift werde die Staatsgewalt allein durch die Organe ausgeübt.

¹²⁷ *Klosa/Scholz-Stubenrecht/Wermke*, Duden Bd. 4 – Grammatik, Rn. 314. Andere Möglichkeiten a. a. O., S. 177 Fn. 1. Zur Bedeutung von Aktiv und Passiv für die Auslegung allgemein vgl. *Roscheck*, Enthaltung, S. 34 f.

ist es Kennzeichen der Präposition „durch“, dass sie einen Agens benennt, der im Auftrage eines anderen handelt, also nur Vermittler eines Geschehens ist.¹²⁹ Das ist besonders klar zu erkennen, wenn beide Präpositionen im selben Satz auftreten. Das Beispiel des Duden lautet: „Er wurde *von* der Behörde *durch* einen Boten verständigt.“¹³⁰ Das Beispiel zeigt, dass es sich bei der Behörde um den Urheber und Träger des Geschehens handelt, während der Bote im Auftrag tätig wird.

Diesem Sprachgebrauch haben auch die Eltern des Grundgesetzes gehorcht. Deswegen heißt es vor der Präambel, dass das Grundgesetz „*durch* die Volksvertretungen *von* mehr als Zweidritteln der beteiligten deutschen Länder“¹³¹ angenommen worden ist. Die Präpositionen zeigen an, dass die Volksvertretungen als Vermittler für den eigentlichen Träger des Geschehens, die Länder, gehandelt haben. Genauso ist in Art. 10 Abs. 2 GG von der „Nachprüfung *durch* *von* der Volksvertretung bestellte Organe“ die Rede, und in Art. 53a Abs. 1 S. 2 GG heißt es über den gemeinsamen Ausschuss von Bundestag und Bundesrat, dass jedes Land dort „*durch* ein *von* ihm bestelltes Mitglied vertreten“ wird.

Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ist entsprechend formuliert. Die Staatsgewalt wird im ersten Teil der Vorschrift „*von*“ dem Volk ausgeübt, während der zweite Teil die Wendung „*durch* besondere Organe“ enthält.¹³² Die Verwendung der Präposition „*durch*“ im zweiten Teil des Satzes zeigt, dass mit den besonderen Organen nur die Mittelspersonen bezeichnet werden. Den eigentlichen Urheber und Träger des Geschehens benennt der erste Teil des Satzes, der die Präposition *von* verwendet, um das Volk als Agens zu qualifizieren. Das Volk übt Staatsgewalt also entweder selbst aus, in Wahlen und Abstimmungen, oder durch die besonderen Organe als Mittelspersonen.¹³³ Übersetzt man die Vorschrift ins Aktiv, heißt sie daher: „Das Volk übt alle Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen und *durch* besondere

¹²⁸ Klosa/Scholze-Stubenrecht/Wermke, Duden Bd. 4 – Grammatik, Rn. 314. Daneben steht „*von*“, wenn die Agensangabe keine Person, sondern eine Sache oder etwas Abstraktes nennt.

¹²⁹ Klosa/Scholze-Stubenrecht/Wermke, Duden Bd. 4 – Grammatik, Rn. 314. Beispiele nach Duden, a. a. O.: „Das Gelände wurde *durch* Polizisten gesichert“ bedeutet, dass die Behörde, die Regierung o. Ä. das Gelände durch den Einsatz von Polizisten sicherte. Im Gegensatz dazu heißt „Das Gelände wurde *von* Polizisten gesichert“, dass die Polizisten als eigentliche Urheber handeln.

¹³⁰ Klosa/Scholze-Stubenrecht/Wermke, Duden Bd. 4 – Grammatik, Rn. 314. Zur Rekursion auf den Duden zur Feststellung des Wortsinns vgl. etwa Stiebig, Jura 2003, S. 699 (699).

¹³¹ BGBl. Nr. 1 v. 23. 5. 1949, S. 1. Die Hervorhebung wurde dieser und den folgenden zitierten Vorschriften hier hinzugefügt.

¹³² Ungenau W. Berger, Volksbegehren und Volksentscheid, S. 18: „Das GG spricht . . . in Art. 20 Abs. 2 S. 2 von der Ausübung der Staatsgewalt *durch das Volk* in Wahlen und Abstimmungen und *durch besondere Organe*“ (dort ohne Hervorhebung.) Zu Recht kritisch Jung, ZG 1999, S. 387 (387 f.).

¹³³ Vgl. Pestalozza, Popularvorbehalt, S. 12; dagegen Bugiel, Volkswille und repräsentative Entscheidung, Fn. 10 auf S. 110 f., Fn. 17 auf S. 113.

Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung aus.“

IV. Asynchronitätsargument versus Kurationsnorm

Zwar gewinnt das Argument aus der Asynchronität von Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 2 GG noch zusätzlich an Gewicht, wenn man das unmittelbare Umfeld des Art. 20 Abs. 2 GG betrachtet. Während Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechtsbindung regelt, bestimmt Art. 20 Abs. 3 GG die Verfassungsbindung. Auch dort ist nur die Gesetzgebung, nicht aber die Abstimmung genannt. Das spricht dafür, dass das Grundgesetz die beiden Begriffe sehr bewusst verwendet. Das gilt umso mehr für das Verhältnis der „verklammerten“ Art. 1 und 20 GG, denn allein diesen beiden Artikeln weist die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG eine besondere Stellung im Grundgesetz zu.¹³⁴

Trotz allem denke ich, dass das Asynchronitätsargument nicht durchgreift. Es lässt sich auf zwei Weisen widerlegen. Zum einen hat der Begriff der Gesetzgebung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG eine andere Bedeutung als in den Absätzen 3 von Art. 1 und Art. 20 GG. Denn in Abs. 2 S. 2 des Art. 20 GG ist – anders als in den Absätzen 3 von Art. 1 und 20 GG – nicht schlicht von Gesetzgebung (sowie von vollziehender Gewalt und Rechtsprechung) die Rede. Vielmehr treten Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung abhängig auf, im Genitiv, als „besondere Organe“ der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Grammatisch und systematisch ist es Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, eine Vorschrift an der Spitze des Staatsorganisationsrechts, welche die drei Gewalten samt ihren Organen erst erschafft, während die Absätze 3 von Art. 1 und Art. 20 deren Existenz bereits voraussetzen. Jene ist Kurationsnorm, diese sind Bindungsnormen. Schon deswegen gibt die Asynchronität von Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Art. 1 Abs. 3 GG für die Grundrechtsbindung der Volksgesetzgebung nichts her.

Zum andern basiert das Asynchronitätsargument auf der Prämisse, dass Abstimmung und Gesetzgebung in einem Gegensatz stehen. Bei Lichte besehen ergibt sich jedoch, dass Abstimmungen und Gesetzgebung eine Schnittmenge aufweisen, so dass Gesetzgebung im Sinne der Bindungsnormen auch die Gesetzgebung durch Abstimmung meinen kann. Begrifflich lassen sich Abstimmungen mit den Tätigkeiten aller drei Gewalten vereinbaren. Das legt Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG bereits seinem Wortlaut nach nahe. Denn dort werden die drei Gewalten „Gesetzgebung,

¹³⁴ Auf der Linie des Asynchronitätsarguments liegt es schließlich, wenn in der Literatur beiläufig festgestellt wird, dass Art. 1 Abs. 3 GG „mit der Funktionentrias Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, Rechtsprechung – *sieht man einmal von den Wahlen und Abstimmungen ab* – das Insgesamt der Staatsgewalt und damit staatlicher Tätigkeit“ erfasse (Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 58 f.). Die ausdrücklich ergänzte, hier hervorgehobene Einschränkung bedeutet, dass Abstimmungen staatliche Tätigkeiten sein sollen, die Art. 1 Abs. 3 GG nicht erfasst.

vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“ durch die Wendung von den „besonderen Organe[n]“ zusammengefasst. Das bedeutet, dass Abstimmungen und Wahlen nicht als vierte und fünfte Gewalt exklusiv neben die Gewalttrias treten sollen, sondern in gewisser Weise quer liegen zu den drei geschaffenen Gewalten. Art. 20 Abs. 3 GG bestätigt diesen Befund. Die Vorschrift wendet sich nicht (nur) an die besonderen Organe (der Gesetzgebung usw.), sondern generell an „[d]ie“ Gesetzgebung (sowie „die“ vollziehende Gewalt und „die“ Rechtsprechung).¹³⁵ Das legt es nahe, dass Gesetzgebung im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG (und von Art. 1 Abs. 3 GG) auch durch Abstimmungen im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG erfolgen kann.

Das Grundgesetz selbst lässt denn auch Abstimmungen im Rahmen aller drei Gewalten zu. Im Rahmen der Gesetzgebung finden „Abstimmungen“ durch Abgeordnete statt, wie Art. 46 Abs. 1 S. 1 GG für den Bundestag zum Ausdruck bringt; auch im Bundesrat werden „Stimmen“ gemäß Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG „abgegeben“. Im Bereich der vollziehenden Gewalt beinhalten Territorialplebiszite gemäß Art. 29, 118 f. GG Abstimmungen der betroffenen Landesvölker. Schließlich erlaubt das Grundgesetz Abstimmungen im Bereich der Rechtsprechung, wenn es in Art. 94 Abs. 1 S. 1 vorgibt, dass das Bundesverfassungsgericht mit mehreren Richtern besetzt sein muss. Herrscht in einem Kollegialorgan einmal keine Einigkeit, bedarf es der Abstimmung, um zu einem Urteil zu kommen.¹³⁶

Das Verhältnis von Abstimmungen und Gesetzgebung gestaltet sich wie folgt: Es gibt Handlungen wie die Repräsentativgesetzgebung gemäß Art. 76 ff. GG, die zwar Gesetzgebung, aber keine Abstimmung des Volkes sind. Es gibt zugleich Handlungen wie die Abstimmung über eine neue Verfassung nach Art. 146 GG, die zwar Abstimmung des Volkes sind, aber wo das Volk nicht als (konstituiertes) Organ der Gesetzgebung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG handelt.¹³⁷ Vor allem aber gibt es Handlungen, die sowohl Gesetzgebung als auch Volksabstimmung darstellen. In der Schnittmenge der Begriffe liegt etwa die Gemeindeversammlung des Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG.¹³⁸ Daher lässt sich zusammenfassen, dass Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG organkreativ zu lesen ist. Gesetzgebung kann auch durch Abstimmungen erfolgen.

C. Zur historischen Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG

Die historische Auslegung fragt danach, wie die in Rede stehende Rechtsfrage dogmengeschichtlich von Vorläufervorschriften beantwortet wurde. Sie führt hier

¹³⁵ *Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, Fn. 10 auf S. 110 f.

¹³⁶ Vgl. § 15 Abs. 4 BVerfGG. Für andere kollegiale Spruchkörper vgl. §§ 192 ff. GVG und § 43 DRiG.

¹³⁷ Ob Art. 20 GG über Art. 79 Abs. 3 GG auch im Fall von Art. 146 GG gilt, ist umstritten, vgl. die Nachweise oben in Fn. 10 auf S. 28.

¹³⁸ Zur Einordnung von Rechtsetzung durch Satzung als (materielle) Gesetzgebung siehe oben S. 27, bei Fn. 6.

nicht weiter. Denn Grundrechtsschutz gegen Gesetzgebung setzt voraus, dass eine auch gegenüber dem (Parlaments-)Gesetzgeber als vorrangig begriffene Verfassung Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht enthält. Diese Voraussetzungen sind in Deutschland kumulativ erst seit Inkrafttreten des Grundgesetzes erfüllt.

D. Zur genetischen Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG

Der genetischen Auslegung geht es um die Entstehungsgeschichte der auszulegenden Norm.¹³⁹ Sie fragt nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er in den Debatten und Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck gekommen ist. Leider ist die Dokumentation der Entstehung des Grundgesetzes noch nicht abgeschlossen.¹⁴⁰ Mit Blick auf unsere Frage lässt sich derzeit nicht feststellen, ob der Verfassungsgeber einen Willen darüber gebildet hat, inwieweit Grundrechte den Volksgesetzgeber binden sollen. Dass sich der Parlamentarische Rat darüber Gedanken gemacht hat, liegt zudem fern, sieht doch das Grundgesetz selbst ein (Bundes-)Volksgesetzgebungsverfahren gar nicht vor.

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich immerhin, dass der Parlamentarische Rat die Lückenlosigkeit der staatlichen Grundrechtsbindung anstrebte.¹⁴¹ Die Grundrechtsbindung sollte nach seinem Willen nicht nur Bund, Länder und Gemeinden erfassen, sondern auch alle sonstigen Rechtssubjekte, die Staatsgewalt ausüben.¹⁴² Auch wenn nicht deutlich wird, ob die Verfassungseltern die Volksgesetzgebung als Emanation von Staatsgewalt begriffen haben, steht doch fest, dass die genetische Auslegung dafür spricht, Grundrechtsbindung funktionell zu verstehen.¹⁴³

Aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ergibt sich weiterhin, dass der Parlamentarische Rat die Tragweite der Grundrechte nicht vom „wechselnden Mehrheitswillen“ (sc. im Parlament) abhängig machen wollte.¹⁴⁴ Keine gesellschaftliche Gruppe soll den Staat dazu bringen können, ihre privaten Bedürfnisse mit dem Mittel staatlicher Hoheitsgewalt zu stillen. Dementsprechend sind die Grundrechte gerade dazu gedacht, zum Schutz von Individuen und Minderheiten auch die (einfache gesetzgeberische) Mehrheit zu binden.¹⁴⁵ Grundrechte sind

¹³⁹ Zur Unterscheidung von genetischer und historischer Auslegung vgl. *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, S. 244; *F. Müller / Christensen*, Juristische Methodik I, Rn. 360.

¹⁴⁰ Vgl. H.-P. Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung, 1995 ff. Bisher sind die Bände 9 (Art. 29 und 118, 1995), 10 (Art. 30 bis 37, 1996), 23 Teilb. I (Art. 92 und 93, 1999), 23 Teilb. II (Art. 94, 95 und 96) und 25 (Art. 105 bis 107, 1997) erschienen.

¹⁴¹ *Höfling*, JA 1995, S. 431 (432 f., 435); *Rüfner*, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 117 Rn. 1.

¹⁴² *Stern*, Staatsrecht Bd. III / 1, § 72 III 2 a (S. 1203).

¹⁴³ *Höfling*, JA 1995, S. 431 (432, 435); *Rüfner*, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 117 Rn. 1; *Stern*, Staatsrecht Bd. III / 1, § 72 III 3 b (S. 1204).

¹⁴⁴ Abg. Dr. *Süsterhenn* (CDU), JöR N.F. 1 (1951), S. 43.

Minderheitenrechte *par excellence*. Diesem Gedanken entspricht es, die Mehrheit an die Grundrechte unabhängig davon zu binden, ob sie als plebiszitärer oder als repräsentativer Gesetzgeber auftritt.

§ 2 Grundrechtsbindung bei der Volksgesetzgebung

Auf die soeben ausgeführten Argumente wird zurückzukommen sein, wenn die folgende Darstellung den Versuch unternimmt zu zeigen, dass die Grundrechtsbindung im Rahmen von Volksgesetzgebung (A.) hinsichtlich des Volksgesetzes, also mit Blick auf dessen Ausfertigung, Verkündung und Anwendung, (B.) bei der Abstimmung über den Entwurf und (C.) auch für die dazu notwendigen Vorstufen des Verfahrens greift.

A. Ausfertigung, Verkündung und Anwendung des Volksgesetzes

Es erscheint als evident richtig, dass ein Volksgesetz grundrechtsmäßig sein muss.¹⁴⁶ Das ist wohl der Grund dafür, dass die Frage nach der Grundrechtsbindung des Volksgesetzes, wie so viele der hier aufgeworfenen Fragen, nirgends erörtert wird.¹⁴⁷ Die Grundrechtsbindung des Volksgesetzes wird zwar nicht bestritten, aber auch nicht begründet. Letzteres soll im Folgenden nachgeholt werden. Nicht nur, weil die Evidenz eines Ergebnisses seine Begründung nicht zu ersetzen vermag, darf dabei durchaus gründlich vorgegangen werden. Hinzu kommt, dass sich zeigen wird, dass die Grundrechtsbindung des Volksgesetzes normtextnah hergeleitet werden kann. Die in diesem Zusammenhang vorgetragenen Argumente erlauben es, Pflöcke einzuschlagen, welche den späteren Antworten einen Rahmen ziehen und Halt geben sollen. Weil bei der Erörterung der problematischeren Konstellationen auf jene Gedanken zurückgegriffen werden kann, die im Ausgangspunkt entwickelt worden sind, wird es zudem möglich, eine verschachtelte Argumentation weitgehend zu vermeiden.

Der Frage, ob Volksgesetze grundrechtsmäßig sein müssen, lässt sich nicht mit dem Argument ausweichen, dass Volksgesetze von Staatsorganen ausfertigt, verkündet und angewandt werden müssen. Gewiss, die Staatsorgane, die das tun, sind

¹⁴⁵ Vgl. BVerfG, NJW 2004, S. 2814 (2815) m. Anm. *Sachs*, JuS 2004, S. 1095 (1096) (mit Blick auf die Meinungsfreiheit); *Ebsen*, AöR 110 (1985), S. 2 (18); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 146.

¹⁴⁶ Das Asynchronitätsargument (oben § 1 B, vor I und sub IV) zeigt jedoch, dass es auch Argumente dagegen gibt.

¹⁴⁷ Soweit ersichtlich hat allein *Heußner*, Volksgesetzgebung, S. 115, Fn. 52, ausdrücklich eine Antwort auf diese Frage gegeben, beiläufig, in einer Fußnote und ohne Argumente für seine Position mitzuteilen. Danach sei die Grundrechtsbindung wegen Art. 1 Abs. 3, Art. 31, 142 GG „unzweifelhaft“.

dabei zweifellos grundrechtsgebunden. Doch zunächst bedürfen der Anwendung keineswegs alle Gesetze. Manche Gesetze sind „self executing“; sie entfalten Rechtsfolgen von selbst und ohne weiteres. Andere Gesetze werden angewandt, aber nicht durch Staatsorgane. Das gilt zum Beispiel im gesamten Zivilrecht, stellt es doch Handlungsformen bereit, die Private untereinander ohne staatliches Zutun einsetzen können. Grundrechtsbindung stellt sich dort selbst dann nicht ein, wenn Private ihre Vereinbarungen mit anderen Privaten vor den Gerichten durchsetzen. Denn obwohl das Gericht grundrechtsgebunden agiert, braucht der zwischen Privaten geschlossene Vertrag, den das Gericht durchsetzt, mit den Grundrechten nicht vereinbar zu sein. So braucht die Erblasserin ihre Erben nicht gleich zu behandeln, obwohl Art. 3 Abs. 1 GG Gleichbehandlung gebietet.¹⁴⁸ Ein Kunde darf, um ein weiteres Beispiel zu bilden, von Verfassungen wegen seine Brötchen bewusst und ausschließlich bei Bäckern kaufen, die er nach Rasse oder Geschlecht ausgewählt hat, obwohl Art. 3 Abs. 3 GG eine Benachteiligung wegen dieser Kriterien untersagt.¹⁴⁹ Ein Gericht hätte einen entsprechenden Vertrag durchzusetzen, weil sich das Verbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht an Private richtet. Schließlich gelten Grundrechte zwischen Privaten nicht unmittelbar.¹⁵⁰ Dem Gericht ist es also trotz der eigenen Grundrechtsbindung nicht verboten, sondern es ist sogar verpflichtet, diskriminierende Privatvereinbarungen durchzusetzen. Das bedeutet für die Volksgesetzgebung, dass die Tatsache, dass grundrechtsgebundene Gerichte Volksgesetze anwenden, nicht zur Grundrechtsbindung des Volksgesetzgebers führt.

Auch in der Ausfertigung, also der Herstellung einer Urschrift des Gesetzes,¹⁵¹ und in der Verkündung, also der Bekanntmachung im einschlägigen Gesetzblatt, liegt kein „Einfallstor“ für die Grundrechtsbindung des Volksgesetzgebers. Denn die Behörden dürfen m.E. die Ausfertigung und Verkündung eines Volksgesetzes nur dann als grundrechtswidrig verweigern, wenn die abstimmenden Bürger selbst an die Grundrechte gebunden sind. Andernfalls liefe das Institut der Abstimmung

¹⁴⁸ BVerfGE 67, 329 (345); BVerfG-K, NJW 2004, S. 2008 (2010); v. *Arnim*, Staatslehre, S. 178.

¹⁴⁹ v. *Arnim*, Staatslehre, S. 178. Das geplante Anti-Diskriminierungsgesetz des Bundes sollte es Privaten für bestimmte Lebensbereiche (namentlich Beschäftigung, Beruf, Bildung, Soziales sowie für das öffentliche Angebot von Gütern und Dienstleistungen einschließlich Wohnraum, vgl. § 2 Abs. 1 des Gesetzentwurfs) verbieten, anhand von Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Identität zu benachteiligen, vgl. § 1 des Gesetzentwurfs. Zum Gesetzgebungsverfahren siehe BT-Drs. 15/4538, BR-Drs. 445/05, „Lob der Transparenz“, in: SZ v. 9. 7. 2005, S. 17, *Braun*, JuS 2002, S. 424 f. mit kritischer Reaktion von *Rainer*, JuS 2002, S. 727 f., sowie schließlich *Eichenhofer*, DVBl. 2004, S. 1078 ff.

¹⁵⁰ Das folgt im Umkehrschluss aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Im dort bestimmten Fall ist unmittelbare Geltung unter Privaten angeordnet. Das wäre unnötig gewesen, wenn Private ohnehin an die Grundrechte gebunden wären, vgl. BVerfGE 50, 290 (349); *Badura*, in: Merten / Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. I, § 20 Rn. 17; *Gostomzyk*, JuS 2004, S. 949 (951); *Guckelberger*, JuS 2003, S. 1151 (1152); *Pieroth/Hartmann*, NWVBl 2003, S. 322 (322 f.); vgl. außerdem *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 222 ff., 245 ff., 272 ff.

¹⁵¹ *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 488.

leer. Mit der Abstimmung zieht das Volk eine Entscheidung an sich, von der es glaubt, dass das Parlament sie falsch oder fälschlich nicht getroffen hat. Deswegen besteht bei der Abstimmung ein struktureller Gegensatz zwischen Parlament und Volk.¹⁵² Die Idee der Abstimmung, dass in diesem Dissens das Volk das letzte Wort habe, würde unterlaufen, wenn die Regierungsmehrheit zwar hinnehmen müsste, dass das Volk ein Gesetz verabschiedet hat, dann aber die Möglichkeit besäße, dieses Gesetz doch noch zu verhindern. Es erscheint widersprüchlich, den Abstimmenden zu sagen, dass ihre Abstimmung nicht grundrechtsgebunden sei, dass sie also von Rechts wegen grundrechtswidrig abstimmen dürften, ihnen aber zugleich zu sagen, dass grundrechtswidrige Gesetze nicht ausgefertigt würden. Hinzu kommt, dass die Grundrechtsbindung der Behörde ohnehin nicht zu vollem Grundrechtsschutz führen kann. Genauso, wie der ausfertigende Bundespräsident bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen nach h. M. nur eine Evidenzkontrolle durchführen darf,¹⁵³ muss auch die Prüfungsdichte bei der Ausfertigung von Volksgesetzen reduziert sein.

Bei der Frage, ob Volksgesetze grundrechtsmäßig sein müssen, erscheint der Gegenstand der Bemühungen entpersonalisiert. Während bisher stets die Rede von der Grundrechtsbindung der am Volksgesetzgebungsverfahren Beteiligten war, geht es hier zunächst nur um die Grundrechtsbindung ihres Produktes, des Volksgesetzes. Ein Volksgesetz ist, aus der Perspektive des Art. 1 Abs. 3 GG formuliert, an die Grundrechte gebunden, falls das Volksgesetz durch „Gesetzgebung“ zustande gekommen ist. Um zu zeigen, dass dies der Fall ist, sind grammatische, systematische sowie historische und genetische Argumente zu hören.

Für die Grundrechtsbindung des Volksgesetzes spricht wie gesehen, dass die Grundrechte als Minderheitenrechte angelegt sind¹⁵⁴ und dass ein funktionelles Verständnis des Art. 1 Abs. 3 GG näher liegt als ein institutionelles.¹⁵⁵ Wenn (wie dargelegt) Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG die Gesetzgebung nicht als solche, sondern lediglich als besonderes Organ anspricht,¹⁵⁶ folgt daraus im Umkehrschluss, dass Art. 1 Abs. 3 GG, der auf die einschränkende Wendung verzichtet hat, nicht organschaftlich, sondern funktionell zu lesen ist. Gebunden sind also gerade nicht nur die besonderen Organe der Gesetzgebung, sondern ist die Gesetzgebung als solche, als Funktion. Erfasst ist daher auch das Volksgesetz.

Für die Grundrechtsbindung des Volksgesetzes spricht außerdem die Grundrechtsbindung des Gewohnheitsrechts. Gewohnheitsrecht stellt im Verhältnis zur Volksgesetzgebung die andere, ursprüngliche Form dar, in der das Volk Recht

¹⁵² SächsVerfGH, LKV 2001, S. 459 (459, sub 2.a.a.1). Vgl. BayVerfGH, NVwZ-RR 2000, S. 401 (402) („Spannungsverhältnis“).

¹⁵³ Vgl. nur *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 3, Art. 82 Rn. 6; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 566; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 82 Rn. 3 m. w. N.

¹⁵⁴ Siehe oben in diesem Kapitel, § 1 D.

¹⁵⁵ Siehe oben in diesem Kapitel, § 1 A.

¹⁵⁶ Siehe oben in diesem Kapitel, § 1 B. IV.

setzt.¹⁵⁷ Dass Gewohnheitsrecht grundrechtsmäßig sein muss, ist auf allen Stufen der Staatlichkeit „unstreitig“.¹⁵⁸ Dafür sprechen drei Gründe: Zum Ersten greift auch insoweit der Charakter der Grundrechte als Minderheitenrechte.¹⁵⁹ Für Grundrechtsberechtigte ist es gleichgültig, ob die Mehrheit durch Parlamentsgesetz oder durch Gewohnheitsrecht in die Grundrechte eingreift. Zum Zweiten liegt das in der Konsequenz jener Auffassung, die den Grundrechten eine objektive Wertordnung entnimmt. Als verfassungsrechtliche Grundentscheidung gilt die objektive Wertordnung für alle Bereiche des Rechts einschließlich des Gewohnheitsrechts.¹⁶⁰ Schließlich bleibt ein drittes, systematisches Argument. Typischerweise wird die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers virulent, wenn er Gesetze gibt, also im Moment der Normsetzung. Der Gegensatz zur Normsetzung ist die Normaufhebung, und es liegt nahe, eine Grundrechtsbindung auch für die Normaufhebung anzunehmen. Dementsprechend ist allgemein anerkannt, dass Grundrechte auch durch Unterlassen des Gesetzgebers verletzt werden können, sofern er einen grundrechtswidrigen Zustand nicht beseitigt.¹⁶¹ Ist das richtig, dann trifft das Parlament diese Pflicht nicht nur in Bezug auf Parlamentsgesetze, sondern auch mit Blick auf Volksgesetze. Denn es besteht kein Grund, die Schutzpflichten – strafrechtlich gesprochen – auf Ingerenz¹⁶² zu beschränken, auf vorangegangenes (eigenes) gefährliches Tun und damit auf Parlamentsgesetze. Im Bild bleibend ist das Parlament vielmehr „Beschützergarant“ der Grundrechte. Denn Gesetzgebung in Art. 1 Abs. 3 GG meint, wie gezeigt, Gesetzgebung im funktionalen Sinne.¹⁶³ Daher steht das Parlament, unstreitig Adressat des Art. 1 Abs. 3 GG, auch in der Pflicht, grundrechtswidrige Volksgesetze außer Kraft zu setzen, sofern ihm dies nur möglich ist.¹⁶⁴ Zu dieser verfassungsrechtlichen Pflicht will die Annahme, die Verfassung erlaubte es Volksgesetzen, zunächst grundrechtswidrig erlassen zu werden, nicht recht passen, müssten diese Gesetze doch anschließend so

¹⁵⁷ Grimm, in: ders. (Hrsg.), Einführung, S. 40 (41).

¹⁵⁸ H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Art. 1 III, Rn. 52; Rüfner, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 117 Rn. 17; ähnlich Höfling, JA 1995, S. 431 (433) („unzweifelhaft“). Im Ergebnis ebenso Jarass, in: ders. / Pieroth, Grundgesetz, Art. 1 Rn. 22; Stern, Staatsrecht Bd. III / 1, § 73 III 4 a (S. 1272).

¹⁵⁹ Siehe oben in diesem Kapitel, § 1 D.

¹⁶⁰ Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 501.

¹⁶¹ BVerfGE 16, 147 (188); 49, 89 (130, 132); 50, 290 (335, 377 f.); 59, 360 (375); Höfling, JA 1995, S. 431 (435); Rüfner, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 117 Rn. 15; Stern, Staatsrecht Bd. III / 1, § 73 III 3 d (S. 1285 ff.); Steinberg, Der Staat 26 (1987), S. 160 (165, 167).

¹⁶² Vgl. Kühl, in: Lackner / Kühl, StGB, § 13 Rn. 11; Sowada, Jura 2003, S. 236 ff.; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 32 ff.

¹⁶³ Zum grammatischen Argument siehe oben in diesem Kapitel, § 1 A. (S. 89); zum genetischen Argument siehe a. a. O., § 1 D.

¹⁶⁴ Sofern man zu dem Ergebnis kommt, dass Art. 1 Abs. 3 GG den Volksgesetzgeber wie den Parlamentsgesetzgeber erfasst, wäre es konsequent, auch den Volksgesetzgeber dieser Pflicht zu unterwerfen, und zwar unabhängig davon, ob ein Parlaments- oder ein Volksgesetz

bald als möglich vom Parlament wieder aufgehoben werden. Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das Volksgesetz an die Grundrechte gebunden ist.¹⁶⁵

B. Abstimmung über ein Volksgesetz

Im Gegensatz zum vorangegangenen Abschnitt, wo es um den per Abstimmung erzeugten Rechtssatz, das Volksgesetz, ging, steht nun die Erzeugung des Rechtssatzes selbst, die Abstimmung per Volksentscheid, im Mittelpunkt.¹⁶⁶ Dabei kann die Grundrechtsbindung der Rechtserzeugung nicht aus der Grundrechtsbindung der Ermächtigung zur Rechtserzeugung gefolgert werden. Zwar hat Ehlers in anderem Zusammenhang dargelegt, dass ein Rechtsetzungsakt öffentlich-rechtlich ist, wenn die Norm, auf der die Rechtsetzungsbefugnis beruht, dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.¹⁶⁷ Doch diese Einsicht lässt sich auf unseren Fall nicht übertragen, weil die Rechtsetzungsbefugnis hier vom Landesrecht gewährt wird und der Rückgriff auf Rechtsquellen unterhalb des Grundgesetzes wie gesehen unzulässig ist.¹⁶⁸ Es kommt also erneut auf die Argumente des Auslegungskanons an.

Schon weil der Begriff der Gesetzgebung wie gezeigt auf eine Tätigkeit deutet,¹⁶⁹ erfasst er die Abgabe der Stimme für oder gegen den Gesetzentwurf. Ohne Abstimmung wäre Gesetzgebung durch eine Personenmehrheit nicht möglich; die Stimmabgabe ist im wahren Sinne des Wortes der entscheidende Verfahrensschritt. Das legt es nahe, die Stimmabgabe dem Begriff der Gesetzgebung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG zu subsumieren.

Systematisch folgt zudem unmissverständlich und unvermeidlich aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, dass in der Abstimmung die Ausübung von Staatsgewalt liegt.¹⁷⁰ Die Abstimmungshandlung, also die Stimmabgabe, bildet den Kern des Begriffs der Abstimmung. Das ergibt sich aus demselben sprachlichen Befund, der schon die grammatische Auslegung des Begriffs der Gesetzgebung gesteuert hat¹⁶⁹: Das substantivierte Verb „Abstimmung“ meint in erster Linie die Tätigkeit des Abstimmens. Erfasst ist daher jedenfalls die Stimmabgabe.¹⁷¹

gegen Grundrechte verstößt. Freilich ist klar, dass der Volksgesetzgeber „träger“ ist als das Parlament. Das Volksgesetzgebungsverfahren erlaubt wegen seiner Fristen und Quoren keine schnelle Entscheidung.

¹⁶⁵ Ebenso Grawert, NWVBl 1987, S. 2 (4).

¹⁶⁶ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 418; Kingreen, NVwZ 1997, S. 756 (757).

¹⁶⁷ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 418.

¹⁶⁸ Siehe oben in diesem Teil, Erstes Kapitel, § 2 B.

¹⁶⁹ Siehe oben S. 89 f.

¹⁷⁰ BVerfGE 8, 104 (114); vgl. Schliesky, ZG 1999, S. 91 (110).

¹⁷¹ Vgl. auch BVerfGE 8, 104 (114 f.) („Ausübung von Staatsgewalt im status activus“). Nach Volkmann, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 22 (Stand: 1. Erg.-Lfg.

Der Qualifikation von Abstimmung als Ausübung von Staatsgewalt steht der Blick auf die Wahlen nicht entgegen. Art. 38 Abs. 1 GG gestaltet Wahlen subjektiv-rechtlich aus („in ... freier ... Wahl“).¹⁷² Richtig ist auch, dass Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG Wahlen und Abstimmungen „in einem Atemzug“¹⁷³ nennt und insofern gleichsetzt. Trotzdem folgt daraus nicht, dass auch Abstimmungen subjektiv-rechtlich ausgestaltet sein müssen. Auf die Unterschiede zwischen Wahlen und Abstimmungen wird noch genauer einzugehen sein.¹⁷⁴ An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG vorschreibt, dass Wahlen und Abstimmungen die Ausübung von Staatsgewalt darstellen, während Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nur von Wahlen, nicht aber von Abstimmungen handelt. Die Vorschrift ist also auf Abstimmungen keinesfalls unmittelbar anzuwenden. Neben einer analogen Anwendung des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ist daher auch der Umkehrschluss möglich, dass die Vorschrift für Abstimmungen gerade nicht gelten soll. Die Frage, ob die Analogie zu bilden oder der Umkehrschluss zu ziehen ist, bedarf differenzierter Erörterung.¹⁷⁵ An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass im Grundsatz die Qualifikation der Abstimmung als Staatsgewalt, die Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG vorgibt, eher für den Umkehrschluss spricht, zumal Art. 20 GG gegenüber Art. 38 GG ein höheres Gewicht zukommt, wie Art. 79 Abs. 3 GG zeigt.

Aus der Genese des Grundgesetzes soll in diesem Zusammenhang nicht unterschlagen werden, dass der Herrenchiemsee-Entwurf das Stimmrecht im Grundrechtskatalog angesiedelt und damit als subjektives Recht gewährt hatte. Das könnte dafür sprechen, in der Stimmabgabe keine Ausübung von Staatsgewalt, sondern Freiheitsgebrauch zu sehen. Doch ist der Entwurf insoweit eben nicht Gesetz geworden, und die Entstehungsgeschichte enthält keinen Hinweis, warum die Übernahme unterblieben ist. Ohnehin wäre ein Auslegungsergebnis, das die Abstimmungshandlung nicht mehr unter „Abstimmung“ in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG fasst, mit dem Wortlaut der Vorschrift unvereinbar.¹⁷⁶

Schließlich mag Art. 29 Abs. 2 S. 1 GG dafür sprechen, dass bei einem Volksentscheid Gesetzgebung als grundrechtsgebundene Staatsgewalt ausgeübt wird.

2001), ist die Wahl ein Akt, in dem das Volk gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG unmittelbar Staatsgewalt ausübt.

¹⁷² Wie das mit der Qualifikation von Wahlen als Ausübung von Staatsgewalt vereinbar ist, die Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG enthält, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Vgl. dazu unten insbesondere Fünfter Teil, Zweites Kapitel, § 1 E.

¹⁷³ Engelken, DÖV 2002, S. 977 (978).

¹⁷⁴ Siehe unten Fünfter Teil, Zweites Kapitel, § 1 F.

¹⁷⁵ Siehe unten Fünfter Teil, Zweites Kapitel, § 1, insb. sub A. I. 2.

¹⁷⁶ Zum Wortsinn als Grenze der Auslegung vgl. BVerfGE 8, 38 (41); 71, 108 (115); 87, 209 (224); 101, 312 (329); OVG Bremen, NordÖR 2003, S. 457 (460); Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 77; Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, S. 22 f., 262 f., 280 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 343; Otte, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 172 (193, 194); Vismann, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 79 Rn. 6, 24 (Stand: August 2002); Zippelius, Methodenlehre, § 9 II a) (S. 47); abwägend Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 267 ff.; a.A. Herzberg, JuS 2005, S. 1 (2 f.) m. w. N.

Die Vorschrift bezieht die Bestätigung der Neugliederung, die per Volksentscheid erfolgt, auf ein Bundesgesetz, das die Neugliederung normiert. Damit macht es den Volksentscheid zu einem Teil des Gesetzgebungsverfahrens. Das legt es nahe, auch andere Volksentscheide als „Gesetzgebung“ im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG zu verstehen.

Das Ergebnis, dass die Stimmabgabe grundrechtsgebunden erfolgt, entspricht der herrschenden Meinung. Das Bundesverfassungsgericht ist der Meinung, dass sogar lediglich konsultative Abstimmungen Staatshandeln darstellen,¹⁷⁷ und der Thüringer Verfassungsgerichtshof wie die Literatur anerkennen, dass das Volk in Wahlen und Abstimmungen,¹⁷⁸ insbesondere beim Volksentscheid,¹⁷⁹ Staatsgewalt ausübt. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Volksabstimmung grundrechtsgebunden erfolgt. Genauso, wie Art. 1 Abs. 3 GG nicht nur das Parlamentsgesetz, sondern zugleich den Parlamentsgesetzgeber erfasst,¹⁸⁰ ist auch das Volk an die Grundrechte gebunden, wenn es über einen Gesetzentwurf abstimmt.

C. Vorstufen der Abstimmung

Der Bürger hat verschiedentlich Gelegenheit, an der Volksgesetzgebung teilzunehmen. Er kann einen Antrag auf Zulassung stellen oder unterstützen, und er kann dem Volksbegehren die Unterschrift geben oder verweigern. Jeweils stellt sich die Frage, ob der Bürger grundrechtsberechtigt oder grundrechtsgebunden handelt. Bevor das entschieden werden kann, gilt es, das Richtmaß zu bestimmen, das die Antworten vorgibt.

I. Maßstab

Der Begriff der „Abstimmung“ in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erfasst nach dem oben Gesagten jedenfalls die Stimmabgabe, die daher auch Abstimmung im engeren Sinne genannt werden darf. Sie stellt, bildlich gesprochen, den Begriffskern von „Abstimmung“ dar. Vor diesem Hintergrund gilt es, den Begriffshof des Abstimmens zu definieren.¹⁸¹

¹⁷⁷ BVerfGE 8, 104 (114 f.).

¹⁷⁸ *Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, S. 440; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 25, der neben Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG noch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG nennt.

¹⁷⁹ ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (89).

¹⁸⁰ *Höfling*, JA 1995, S. 431 (435); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 203; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 117 Rn. 15.

¹⁸¹ Nachweise zu den Termini Begriffskern und Begriffshof oben auf S. 89, in Fn. 106.

1. Wortlautgrenzen

Die Grenzen des Begriffshofs entsprechen den Grenzen des Begriffs selbst. Zwei extreme Definitionen sind denkbar. Ganz eng, so eng wie mit dem Wortlaut (gerade noch) vereinbar, wäre die Grenze gezogen, nähme man den Begriffshof auf den Begriffskern zurück und verstünde nur die Stimmabgabe als Abstimmung. Ganz weit dagegen, so weit wie vor dem Wortlaut (gerade noch) vertretbar, griffen die Grenzen aus, begriffe man unter Abstimmung das gesamte Volksgesetzgebungsverfahren. Mit Abstimmung wäre dann jeder denkbare Zwischenschritt gemeint, gleichviel, ob er nur in einem der vielen verschiedenen Landesabstimmungsgesetze enthalten ist oder gar nirgends realisiert worden wäre. Unter „Abstimmung“ fiel dann nicht nur der Abstimmungskampf, sondern schon vorher das Entwerfen der zu begehrenden Vorlage und, noch viel früher, bereits die Debatte über Missstände.¹⁸² Dies gälte unabhängig davon, ob die Volksgesetzgebung als Mittel gegen den Missstand überhaupt schon in Erwägung gezogen wurde, allein deshalb, weil dieser Weg später eingeschlagen werden wird.

Die beiden polaren Interpretationen sind zwar beide (gerade noch) vom Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gedeckt, aber sie liegen fern. Der Begriff der Abstimmung ist nicht „an sich“, sondern auf den Lebenssachverhalt der Volksgesetzgebung bezogen auszulegen. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ist ja überhaupt erst als systematisches Argument zur Auslegung des Begriffs der Gesetzgebung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG in den Blick geraten. Das Sachproblem der Volksgesetzgebung, um das es geht, und der Sachzusammenhang mit Art. 1 Abs. 3 GG, in dem es steht, erlauben es, den Inhalt des Abstimmungsbegriffs genauer zu fassen.

2. Kriterium der Notwendigkeit

Im Rahmen von Volksgesetzgebung ergibt sich die Reichweite der Grundrechtsbindung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 GG aus dem Zusammenhang mit der Aussage des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, dass Abstimmungen die Ausübung von Staatsgewalt darstellen. Weil es uns um Abstimmungen im Rahmen von Volksgesetzgebung geht, um Volksabstimmungen als Gesetzgebung, ist grundrechtsgebunden die *Gesetzgebung durch Volksabstimmung*. Gesetzgebung durch Volksabstimmung beschreibt den Zusammenhang zwischen dem Begriff der Gesetzgebung, der gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechtsbindung steuert, und dem Begriff der Abstimmung aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Gesetzgebung in Art. 1 Abs. 3 GG erfasst damit alle Stufen des Gesetzgebungsverfahrens, die für Gesetzgebung durch Volksabstimmung notwendig sind.

¹⁸² Vgl. zur Parallele im Wahlrecht, wo die Freiheit der Wahl ebenfalls schon vor (und auch noch nach) der Stimmabgabe gilt, unten im Fünften Teil, Zweites Kapitel, § 1 C., mit Nachweisen in Fn. 120 (S. 157).

Die Definition, dass der Abstimmungsbegriff jene Stufen des Volksgesetzgebungsverfahrens erfasst, die für die Abstimmung notwendig sind, ist keineswegs zirkulär. Sie verwendet das *definiendum* nicht als *definiens*,¹⁸³ weil der Begriff der Abstimmung einmal im weiteren und einmal im engeren Sinne gebraucht wird. Genauer formuliert umfasst der Begriff der Abstimmung im Sinne der Vorschrift (Abstimmung i.w.S.) jene Stufen des Volksgesetzgebungsverfahrens, die für die Abstimmung im engeren Sinne (nämlich für die Stimmabgabe) notwendig sind. Abstimmung im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG meint also alle Verfahrenshandlungen, die für die Stimmabgabe notwendig sind.

Dem entwickelten Kriterium lässt sich nicht entgegenhalten, dass die im Folgenden als notwendig identifizierten Verfahrensschritte über Art. 28 Abs. 1 GG konsequenterweise auch für das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren der Länder zwingend sein müssten. Zum einen schreibt Art. 28 Abs. 1 GG die Übernahme grundgesetzlicher Vorschriften nicht im Maßstab von 1:1 vor, sondern macht nur die „Grundsätze“ des Grundgesetzes verbindlich. Zum anderen sind die als notwendig zu qualifizierenden Verfahrensschritte, wie zu zeigen sein wird, so fundamental, dass in der Tat davon ausgegangen werden darf, dass die Landesparlamente entsprechend verfahren.

3. Konkretisierung in Anlehnung an Art. 76 ff. GG

Entscheidend ist nach dem Gesagten, welche Handlungen notwendig sind, damit Gesetzgebung durch Volksabstimmung, genauer: eine Volksabstimmung über ein Gesetz, stattfinden kann. Notwendigkeit ist kein eindeutiger Begriff. Zum Ersten könnten alle Handlungen erfasst sein, die für die Stimmabgabe denknötig Voraussetzung sind. Weniger streng könnte es zum Zweiten genügen, dass eine Handlung für die Abstimmung praktisch notwendig ist. Noch großzügiger mag zum Dritten jede Handlung als notwendig gelten, die im Volksgesetzgebungsverfahren typischerweise vorgenommen wird. Welche Stufen des Volksgesetzgebungsverfahrens notwendig sind, versteht sich also nicht von selbst. Eine Antwort kann methodengerecht nur begründen, wer normtextorientiert arbeitet. Das Grundgesetz hat zwar kein Volksgesetzgebungsverfahren, aber doch ein repräsentatives Gesetzgebungsverfahren geregelt: Art. 76 ff. GG normieren das Gesetzgebungsverfahren für Bundesgesetze detailliert, aber nicht erschöpfend.¹⁸⁴ Selbstredend sind diese Vorschriften auf das Volksgesetzgebungsverfahren nicht anwendbar. Aber sie lassen doch erkennen, welche Verfahrensschritte das Grundgesetz bei der Gesetzgebung für notwendig hält.¹⁸⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 76 ff. GG, so

¹⁸³ Adomeit, Rechtstheorie, S. 28; E. Schneider, Logik, S. 48.

¹⁸⁴ Grimm, in: ders. (Hrsg.), Einführung, S. 40 (53).

¹⁸⁵ Gewiss, das Grundgesetz könnte auch die Verfahrensschritte des Volksgesetzgebungsverfahrens vorgeben (jedenfalls für Volksgesetzgebung im Bund) und damit auch die Reichweite der Grundrechtsgeltung in diesem Verfahren regeln. (Weil das nach dem Inkrafttreten

die Überschrift des VII. Abschnitts, die „Gesetzgebung des Bundes“ regeln, woran auch die Länder beteiligt sind. Sie wirken, so heißt es in Art. 50 GG, „[d]urch den Bundesrat ... bei der Gesetzgebung ... des Bundes ... mit“.¹⁸⁶ Für unseren Fall sind die Beteiligungsrechte der Länder zu ignorieren, zumal der Bundestag ohnehin als der „eigentliche Gesetzgeber“¹⁸⁷ gilt und ein Pendant zum Bundesrat auf Landes- und kommunaler Ebene nicht existiert.

So gesehen ergibt sich folgendes Bild: Jedes Gesetzgebungsverfahren¹⁸⁸ beginnt¹⁸⁹ gemäß Art. 76 Abs. 1 GG, indem eine „Gesetzesvorlag[e]“ beim Bundestag „eingebracht“ wird (Gesetzesinitiative¹⁹⁰). Der Bundestag beschließt über diese Vorlage gemäß Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG (Gesetzesbeschluss¹⁹¹). Wann ein vom Bundestage beschlossenes Gesetz zustande kommt, macht Art. 78 GG vom Verhalten des Bundesrates abhängig.¹⁹² Weil dieser Aspekt nach dem oben Gesagten auszublenen ist, muss hier unterstellt werden, dass das Gesetz allein durch Beschluss des Bundestages zustande kommt. Schließlich werden die Gesetze laut Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG vom Bundespräsidenten ausgefertigt¹⁹³ und verkündet.¹⁹⁴ Danach

des Grundgesetzes am 24. Mai 1949 nur noch durch Verfassungsänderung geschehen kann, sind dabei die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG zu beachten.) Solange das aber nicht erfolgt ist, spricht nichts dagegen, die einzige Regelung eines Gesetzgebungsverfahrens, die das Grundgesetz enthält, für die Frage heranzuziehen, welche Schritte in einem Gesetzgebungsverfahren existieren sollen.

¹⁸⁶ Denn der Bundesrat besteht gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GG aus „Mitgliedern der Regierungen der Länder“.

¹⁸⁷ *Hömig*, in: Seifert/Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 77 Rn. 2; vgl. auch Art. 76 Rn. 2.

¹⁸⁸ Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. die Darstellungen bei *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 324, 345 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 51 ff., insb. Rn. 53; *Nolte/Tams*, Jura 2000, S. 158 ff. Art. 59 Abs. 2, Art. 79 Abs. 3, Art. 110 Abs. 3, Art. 113 und Art. 115a ff. GG, die für bestimmte Gesetze zusätzliche Regelungen enthalten, können hier außer Betracht bleiben.

¹⁸⁹ *Stettner*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 76 Rn. 6 („erste Phase des formellen Gesetzgebungsverfahrens“).

¹⁹⁰ *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, vor Rn. 218; *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 54; *Nolte/Tams*, Jura 2000, S. 158 (159); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 63 Rn. 17. Vgl. zur Unterscheidung von Gesetzesinitiative und der Einbringung des Gesetzes unter der Weimarer Reichsverfassung *Stettner*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 76 Rn. 2, 9.

¹⁹¹ *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, vor Rn. 229; *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 66; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 63 Rn. 38.

¹⁹² Vgl. dazu *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 345 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 67 ff., 78.

¹⁹³ Vgl. zur Ausfertigung *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 487 ff.; *Kloepfer*, Jura 1991, S. 169 (174); *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 82 ff.; *Nolte/Tams*, Jura 2000, S. 158 (163 f.); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 63 Rn. 60 f.

¹⁹⁴ Vgl. zur Verkündung *J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 487 ff.; *Kloepfer*, Jura 1991, S. 169 (174); *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 93 ff.; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 63 Rn. 62 f. Das Inkrafttreten des Gesetzes, vgl.

lässt sich das im Grundgesetz geregelte Gesetzgebungsverfahren, grob skizziert, in drei Abschnitte untergliedern: (1) Gesetzesinitiative, (2) Gesetzesbeschluss, (3) Ausfertigung und Verkündung.¹⁹⁵

Diese drei Schritte sind die vom Grundgesetz für das Gesetzgebungsverfahren als notwendig bestimmten Verfahrensschritte. Gegen dieses Ergebnis sticht der Einwand nicht, dass das Grundgesetz Selbstverständliches festhielte oder eher zufällig aus einem komplexen Verfahren einige Verfahrensschritte herausgriffe. Erstens kann nur der eine oder der andere Einwand erhoben werden; beide zugleich können kaum zutreffen. Zweitens betont Art. 115d GG die Bedeutung dieser Schritte dadurch, dass sie im vereinfachten Gesetzgebungsverfahren des Verteidigungsfalls erforderlich bleiben.¹⁹⁶ Drittens sind die Einwände mit der abgestuften und konsequenzenreichen Regelung des Grundgesetzes unvereinbar. Dem Bundestag, der hier allein interessiert, hat Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG *expressis verbis* Geschäftsordnungsautonomie zuerkannt. Wenn die Verfassung dem Bundestag neben Vorgaben zum Gesetzgebungsverfahren macht, hat sie diese Verfahrensschritte der Geschäftsordnungsautonomie entzogen. Die Differenzierung ist folgenswer: Nicht nur die Gestaltungsspielräume des Parlaments, sondern auch die Rechtsfolgen eines Verfahrensverstößes hängen davon ab. Während die Nichtbeachtung grundgesetzlicher Verfahrensvorschriften zur Nichtigkeit des Gesetzes führt, sind Gesetze, die nur gegen Vorschriften der Geschäftsordnung verstoßen, wirksam.¹⁹⁷ Schließlich steht die Geschäftsordnung zur Disposition der Parlamentsmehrheit, während das Grundgesetz nur gemäß Art. 79 GG geändert werden kann.

Schließlich ficht die hier vorgeschlagene Abgrenzung anhand der Art. 76 ff. GG nicht an, dass Grundrechtsbindung danach nur bei verfassungsgebotenem Handeln greife, nicht aber – wie sonst – bei jedem hoheitlichen Handeln. Zunächst ist festzuhalten, dass diesen Vorwurf nur erheben kann, wer zuvor gezeigt hat, dass es im Volksgesetzgebungsverfahren ein Handeln gibt, das von dem hier vorgeschlagenen

Art. 82 Abs. 2 GG, ist dagegen nicht mehr Bestandteil des Gesetzgebungsverfahrens, so BVerfGE 34, 9 (23); 44, 227 (240); 87, 48 (60); *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 97; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 63 Rn. 64; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 82 Rn. 1, 9.

¹⁹⁵ Diese drei Phasen nennt *Stettner*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 76 Rn. 6. Zwischen Ausfertigung und Verkündung als jeweils eigenen Verfahrensschritten zu unterscheiden, ist hier nicht erforderlich. Die Gesetzesberatung (*J. Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 223 ff., *Kloepfer*, Jura 1991, S. 169 (171), und – eng am Normtext – *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 77 vor Rn. 2: „Gesetzesbeschluss“) wird vom Grundgesetz vorausgesetzt, findet aber abgesehen von den Spezialfällen der Art. 76 Abs. 3 S. 6, Art. 77 Abs. 2 S. 1, Art. 115d Abs. 2 S. 2 GG (vgl. auch Art. 122 Abs. 2 GG) keine Erwähnung (*Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 65).

¹⁹⁶ Die Gesetzesinitiative gemäß Art. 76 Abs. 1 GG und der Gesetzesbeschluss gemäß Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG bleiben gemäß Art. 115d Abs. 1 GG, die Verkündung und wohl auch die Ausfertigung gemäß Art. 115d Abs. 3 GG erforderlich.

¹⁹⁷ BVerfGE 29, 221 (234); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 40 Rn. 9; *Stettner*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 76 Rn. 6.

Kriterium nicht erfasst wird, aber doch ein hoheitliches ist. Die Kritik ist also nur auf dem Boden einer anderen Abgrenzungstheorie möglich, die zunächst darzulegen wäre. Überdies trifft es selbstredend zu, dass bei einer parlamentarischen Abstimmung Verfahrensschritte, die nicht verfassungsrechtlich (sondern etwa nur geschäftsordnungsrechtlich) vorgegeben sind, hoheitliches Handeln darstellen können. Wahr ist auch, dass demgegenüber nach dem hier vorgeschlagenen Kriterium bei der Volksabstimmung die Grenzen hoheitlichen Handelns enger verlaufen. Denn hier sind nur solche Handlungen hoheitlich, die von der zu Art. 76 ff. GG geschlagenen Parallele erfasst sind. Dass die Grenzen hoheitlichen Handelns bei der Volksgesetzgebung also enger gezogen sind als bei der Parlamentsgesetzgebung, beschreibt aber gerade einen Vorteil der vorgeschlagenen Abgrenzung. Denn der Befund reflektiert die verschiedenen Ausgangspunkte, von denen aus die Grenzen hoheitlichen Handelns zu ziehen sind, und ist so Ausdruck der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft: Abgeordnete agieren als hauptamtliche Gesetzgeber, üben ein Amt aus (Art. 48 Abs. 2 GG) und sind daher schon im Ausgangspunkt grundrechtsgebundene Träger von Staatsgewalt. Bürger sind dagegen a priori grundrechtsberechtigt und handeln in Ausübung von Freiheit. Für den Bürger ist die Grundrechtsberechtigung der Normalfall und seine Grundrechtsbindung die – begründungsbedürftige – Ausnahme. Wegen dieser prinzipiell unterschiedlichen Verteilung der Begründungslast vermag es nicht zu verwundern, dass die Grundrechtsbindung der Bürger weniger weit reicht als die Grundrechtsbindung der Abgeordneten.

Auch die Parallele zu den Parteien spricht schließlich für die vorgeschlagene Unterscheidung. Die Grundrechtsbindung einer Partei, „Transmissionsriemen zwischen Staat und Gesellschaft“, lässt sich entsprechend dem oben gefundenen Kriterium beschreiben. Eine Partei ist danach nur dort grundrechtsgebunden, wo es um Handlungen geht, die notwendig sind, damit eine Parlamentswahl stattfinden kann. Diese Formel fängt den oben dargestellten Befund ein, dass die Grundrechtsbindung der Partei wohl bei der Kandidatenaufstellung für die Bundestagswahl, nicht aber bei der Mitgliederaufnahme und der Wahl zu den Parteiämtern besteht.¹⁹⁸

II. Anwendung

Dass für Gesetzgebung durch Abstimmung die Verfahrensschritte der Gesetzesinitiative, des Gesetzesbeschlusses sowie der Ausfertigung und Verkündung notwendig sind, hat Konsequenzen (1.) für das Volksbegehren und den Antrag auf Zulassung desselben, (2.) für den Volksentscheid und den Zugang zur Abstimmung bzw. (3.) für die Ausfertigung und Verkündung von Volksgesetzen.

¹⁹⁸ Siehe oben im Dritten Teil, Zweites Kapitel, § 3 (S. 68 f.).

1. Begehren

Das Begehren bildet das Pendant zur parlamentarischen Gesetzesinitiative.¹⁹⁹ Mit dem Begehren wird, um in Anlehnung an Art. 76 Abs. 1 GG zu formulieren, eine Gesetzesvorlage „aus der Mitte des Volkes“ eingebracht. Weil der Verfahrensschritt der Gesetzesinitiative nach dem Gesetzgebungsverfahren des Grundgesetzes notwendig ist, wird beim Begehren (grundrechtsgebundene) Staatsgewalt ausgeübt.²⁰⁰

Dieser Befund trifft sich im Ergebnis, nicht aber in der Begründung mit einer Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs. Dass die Träger eines Volksbegehrens mit der Gesetzgebungsinitiative Staatsgewalt „zur Geltung bringen“,²⁰¹ folgert der Verfassungsgerichtshof daraus, dass mit dem Volksbegehren ein Rechtsetzungsprozess beginne, der im Gesetzesbeschluss des Volksentscheides ende. Doch dass der Rechtsetzungsprozess gerade mit dem Volksbegehren beginne, ist eine vom Gericht ohne Begründung gesetzte Zäsur. Genauso ließe sich behaupten, dass der Rechtsetzungsprozess auf jeder anderen oben beschriebenen Stufe beginnt, also etwa mit der Formulierung des Entwurfs²⁰² oder auch erst, wenn das Gesetz zur Abstimmung gestellt wird.

2. Entscheidung und Zugang zur Abstimmung

Dem Gesetzesbeschluss durch den Bundestag gemäß Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG entspricht im Volksgesetzgebungsverfahren der Entscheid.²⁰³ Die Stimmabgabe im Rahmen des Entscheids unterliegt daher, zusätzlich zu den bereits oben angeführten Gründen,²⁰⁴ auch deshalb der Grundrechtsbindung. Mit anderen Worten: Dass das oben mit grammatischen, systematischen und genetischen Argumenten belegte Ergebnis sich mit der Abgrenzung in Anlehnung an Art. 76 ff. GG. trifft, bestätigt eben dieses Abgrenzungskriterium.

Gilt die Grundrechtsbindung auch für den Zugang zur Abstimmung?²⁰⁵ Theoretisch ist es zwar möglich, den Zugang zur Abstimmung von der Stimmabgabe

¹⁹⁹ v. *Arnim*, Staatslehre, S. 513; *Krause*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 39 Rn. 16; die Parallele ziehen auch *Grawert*, NWVB 1987, S. 2 (4), und allgemein *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 87.

²⁰⁰ So im Ergebnis, aber ohne Begründung auch OVG Münster, NVwZ 1998, S. 302. A.A., gleichfalls ohne Begründung, *Storr*, Verfassungsgebung, S. 278.

²⁰¹ ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (83) (Ls. 2).

²⁰² Die Ausarbeitung des Gesetzentwurfs zählt etwa v. *Arnim*, Staatslehre, S. 198, zum Verfahren der Gesetzgebung.

²⁰³ Vgl. v. *Arnim*, Staatslehre, S. 513.

²⁰⁴ Oben in diesem Kapitel, § 2 B.

²⁰⁵ BVerfGE 13, 54 (93) enthält eine Passage zum Recht auf Teilnahme am Volksentscheid, ist aber ausdrücklich und auch den Argumenten nach auf den Volksentscheid gemäß Art. 29 GG a.F. begrenzt und gibt daher für unsere Frage nichts her.

selbst zu unterscheiden, wie Jellinek das getan hat. Doch die beiden stehen in einem so engen Zusammenhang, dass es gerechtfertigt erscheint, sie einheitlich zu beurteilen. Das Recht auf Stimmabgabe ist ohne das Recht auf Zugang zur Abstimmung wertlos, genauso wie das Recht auf Zugang zur Abstimmung ohne ein Recht auf Stimmabgabe ins Leere läuft.²⁰⁶ Anders als etwa im Verhältnis von Amtsrechten und dem Zugang zum Amt erschöpft sich die Bedeutung des Zugangsrechts bei der Abstimmung in der (einmaligen) Rechtsbetätigung.²⁰⁷ Entsprechend dem Zugang des Bundestagsabgeordneten zur Abstimmung im Bundestag, welcher der staatsorganisationsrechtlichen Sphäre zuzuordnen ist, soll hier auch das Recht auf Zugang zur Volksabstimmung der Grundrechtsbindung zugerechnet werden.²⁰⁸

Was gilt, wenn die Behörden, denen die Durchführung des Volksentscheids obliegt, die Abstimmung ganz absagen? Das (kompetenzielle) Recht, Zugang zur Abstimmung zu erhalten, umfasst das Recht, dass ein rechtmäßig angestrebter Volksentscheid auch durchgeführt wird. Das Recht, dass die Abstimmung durchgeführt werde, ist daher gleichfalls kein Grundrecht, sondern gehört dem Staatsorganisationsrecht an.²⁰⁹

3. Ausfertigung und Verkündung

Dass Bundesgesetze ausgefertigt und verkündet werden, gibt Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG verfassungskräftig vor. Ohne die Ausfertigung und Verkündung eines volksbeschlossenen Gesetzes bliebe die Stimmabgabe sinnlos. Daher unterliegt auch die Ausfertigung und Verkündung von Volksgesetzen der Grundrechtsbindung. Dieses oben bereits eigenständig entwickelte Ergebnis²¹⁰ findet hier eine weitere Stütze. Die Übereinstimmung spricht erneut für den hier vorgeschlagenen Weg, die Grundrechtsbindung in Anlehnung an Art. 76 ff. GG zu bestimmen.

²⁰⁶ Vgl. auch *H. H. Klein*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 41 Rn. 31.

²⁰⁷ Hinzu kommt, dass ein subjektives öffentliches Recht, das auf die Wahrnehmung von Kompetenzen gerichtet ist, den Abgeordneten und anderen Amtsträgern im geschriebenen Recht ausdrücklich eingeräumt wird (vgl. *H. J. Wolff/Bachof*, *Verwaltungsrecht* II, § 73 III c 3 β (S. 36)), und zwar in Art. 33 Abs. 2 bzw. in Art. 38 Abs. 1 GG (*Abmeier*, *Parlamentarische Befugnisse*, S. 41 f.; *Demmler*, *Abgeordnete*, S. 50; *H. H. Klein*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 41 Rn. 30; *Steiger*, *Grundlagen*, S. 76). Für den Zugang zur Abstimmung fehlt es dagegen an einer solchen Vorschrift.

²⁰⁸ *A. A. Herrmann*, LKV 2000, S. 104 (105).

²⁰⁹ Zur gerichtlichen Durchsetzung des Rechts und dazu, wem dieses Recht überhaupt zusteht, siehe unten im Fünften Teil, Drittes Kapitel, § 2 A. II.

²¹⁰ Oben in diesem Kapitel, § 2 A.

III. Ergebnis

Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG ist die Gesetzgebung an die Grundrechte gebunden. Gesetzgebung ist dabei wegen Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG als Gesetzgebung durch staatliche Gewalt zu verstehen. Um Staatsgewalt handelt es sich gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, wenn das Volk abstimmt. Gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG können Abstimmungen auf Gesetzgebung gerichtet sein. Gibt das Volk Gesetze per Abstimmung, handelt es sich also um die Ausübung von Staatsgewalt. Der Begriff der Abstimmung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erfasst dabei nicht nur die Stimmabgabe. Darüber hinaus sind alle anderen Stufen des Gesetzgebungsverfahrens gemeint, die für Abstimmungen als Gesetzgebung (d. h. für die Stimmabgabe) notwendig sind. Welche Stufen für ein Gesetzgebungsverfahren notwendig sind, hat das Grundgesetz in Art. 76 ff. (sozusagen exemplarisch) vorgegeben. Notwendig sind danach Gesetzesinitiative, Gesetzesbeschluss sowie Ausfertigung und Verkündung. Im Volksgesetzgebungsverfahren gehören zu den grundrechtsgebundenen Rechtsverhältnissen dementsprechend das Begehren als Gesetzesinitiative, der Entscheid (mithin die Durchführung der Abstimmung, der Zugang dazu und die Stimmabgabe selbst) als Gesetzesbeschluss sowie Ausfertigung und Verkündung.

§ 3 Grundrechtsberechtigung bei der Volksgesetzgebung

A. Antrag auf Zulassung des Begehrens

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen in Sachen Müllkonzept und zur Startbahn West jeweils offen gelassen, wie der Antrag auf Zulassung eines Begehrens zu qualifizieren ist.²¹¹ Dem volksgesetzlichen Begehren entspricht parlamentarisch die Gesetzesinitiative; parallel dazu steht dem volksgesetzlichen Antrag auf Zulassung des Begehrens parlamentarisch ein „Antrag auf Zulassung der Gesetzesinitiative“ gleich. Einen solchen Antrag regelt das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren der Sache nach, wenn es das Gesetzesinitiativrecht zuweist. Es fragt sich, ob das Grundgesetz oder die Geschäftsordnung diese Zuweisung vornimmt.

Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG trifft keine Aussage über das Gesetzesinitiativrecht. Die Vorschrift schützt den unentziehbaren „Kernbereich“ des Abgeordnetenmandats, zu dem das Initiativrecht nicht gehört. Wie Art. 76 Abs. 1 GG zu erkennen gibt, kann die Gesetzesinitiative auch außerhalb des Bundestages ergriffen werden, z. B. von der Bundesregierung. Ist das Gesetzesinitiativrecht nicht einmal beim Bundestag konzentriert²¹² und ist eine Gesetzesinitiative des Bundestages beim Haushalts-

²¹¹ BVerfGE 60, 175 (202); 96, 231 (241).

²¹² *Demmler*, Abgeordnete, S. 330 f.; *Hömig*, in: Seifert/Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 76 Rn. 2.

gesetz sogar ausgeschlossen (arg. e. Art. 110 Abs. 3 und Art. 113 Abs. 1 S. 1 GG),²¹³ kann es auch nicht zu den Kernkompetenzen des einzelnen Bundestagsabgeordneten gehören, Gesetzesinitiative zu werden.

Auch Art. 76 Abs. 1 GG regelt nicht, wem im Bundestag das Recht zusteht, die Gesetzesinitiative zu ergreifen. Die Wendung „aus der Mitte des Bundestages“ lässt offen, ob dieses Recht bereits einem einzelnen Abgeordneten zustehen muss.²¹⁴ Denn dass sich in der Mitte des Bundestages genau ein Abgeordneter befindet, ist nicht zwingend. Stellt man sich illustriert vor, was die Wendung bedeutet, dann marschieren vor dem inneren Auge die Abgeordneten in einer langen Reihe auf, einer nach dem anderen. Schreitet man diese Reihe ab wie ein Kameramann die Fußballspieler während der Nationalhymne, dann befindet sich in der Mitte der Reihe eine einzelne Person nur dann, wenn die Anzahl der aufgereihten Personen insgesamt ungerade ist (wie bei einer Fußballmannschaft). Ist die Anzahl dagegen gerade, befinden sich, will man die Mitte nicht frei lassen, notwendig zwei Personen dortselbst. Nun schreibt die Verfassung die Anzahl der Abgeordneten des Bundestages nicht vor, sondern verweist in Art. 121 GG auf die gesetzliche Mitgliederzahl.²¹⁵ Das Grundgesetz lässt also eine gerade wie eine ungerade Anzahl von Abgeordneten zu.²¹⁶ Daher zwingt die Verfassung nicht zu der Annahme, dass „in der Mitte des Bundestages“ ein einzelner Abgeordneter steht,²¹⁷ sondern ermöglicht diese Ausgestaltung lediglich.²¹⁸

Das Grundgesetz regelt also nur (in Art. 76 Abs. 1), dass es eine Gesetzesinitiative geben muss, gestaltet die Gesetzesinitiative aber nicht näher. Die Verfassung regelt weder, ob der Antrag – was gängiger Praxis entspricht – einer Begründung bedarf, Alternativlösungen aufzeigen muss oder Kostenfolgen offen zu legen

²¹³ BVerfGE 45, 1 (46 f.); Jarass, in: ders. / Pieroth, Grundgesetz, Art. 110 Rn. 11 m. w. N.

²¹⁴ Demmler, Abgeordnete, S. 332; Hömig, in: Seifert/Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 76 Rn. 2; Jutzi, ZG 2003, S. 273 (277); Rux, ThürVBl 2002, S. 48 (48). A.A. Stern, Staatsrecht Bd. II, § 37 III 4 c (S. 621); Stettner, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 76 Rn. 18, wonach der Wortlaut („Mitte“) die Initiative eines einzigen Abgeordneten ausschließe. Dabei sind in Bayern, Brandenburg und dem Saarland, wo die Verfassungen von Initiativen „aus der Mitte des Landtages“ sprechen (Bb Vf Art. 75; By Vf Art. 71; Sl Vf Art. 98), doch Gesetzesentwürfe einzelner Abgeordneter zulässig (Bb GO-LT § 52 Abs. 1 S. 1; By GO-LT § 49 Abs. 1 S. 1; Sl LTG § 64 Abs. 1 Var. 1), siehe Schmidt-Jortzig/Schürmann, in: Dolzer/K. Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 76 Rn. 337 (Stand: November 1996).

²¹⁵ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 121 Rn. 2.

²¹⁶ Beides hat es schon gegeben: Die gesetzliche Mitgliederzahl (einschließlich der Übergangmandate) belief sich z. B. zu Beginn der 1. Wahlperiode 1949 auf 402 Mitglieder (410 einschließlich der Berliner Abgeordneten) und zu Beginn der 2. Wahlperiode 1953 auf 487 Mitglieder (509 einschließlich der Berliner Abgeordneten), vgl. Schindler, Datenhandbuch Bd. I, S. 381.

²¹⁷ A.A. Stern und Stettner, a. a. O. (oben Fn. 214).

²¹⁸ Bryde, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 3, Art. 76 Rn. 13; vgl. Schmidt-Jortzig/Schürmann, in: Dolzer/K. Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 76 Rn. 118 (Stand: November 1996).

hat.²¹⁹ Noch schreibt sie vor, wem „im Bundestag“ das Recht zukommt, eine Gesetzesinitiative zu ergreifen, ob schon jedem Einzelnen oder erst einer Gruppe der Abgeordneten.²²⁰ Vielmehr macht die Verfassung es dem Bundestag zur Aufgabe, das Initiativrecht im Rahmen seiner Geschäftsordnungsautonomie zuzuweisen.²²¹ Gemäß § 76 Abs. 1 GO BT steht dieses Recht nur einer Mehrzahl von Abgeordneten zu.²²² Die in der Geschäftsordnung beschriebenen Voraussetzungen für einen „Antrag auf Stellung einer Gesetzesinitiative“, insbesondere die geforderte Zahl der Unterstützerunterschriften, gehören also nicht zu den verfassungsnotwendigen Schritten des Gesetzgebungsverfahrens. Das hat Konsequenzen für den Antrag auf Zulassung des Volksbegehrens. Weil der Antrag nicht verfassungsnotwendig ist, handelt es sich nicht um die (grundrechtsgebundene) Ausübung von Staatsgewalt. Die Stimmberechtigten handeln vielmehr im Schutze der Grundrechte.

Wiederum nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung, trifft sich dieser Befund mit der angeführten Entscheidung des Thüringer Verfassungsgerichtshofs.²²³ Dort geht das Verfassungsgericht davon aus, dass ein Bürgerantrag (*Th* Vf Art. 68 Abs. 1) keine Ausübung von Staatsgewalt im Sinne von *Th* Vf Art. 45 S. 1 darstellt. Der Bürgerantrag gebe den Bürgerinnen und Bürgern nur das Recht, einen Gesetzentwurf im Landtag einzubringen.²²⁴ Ein Entscheid sei dem Volk aber selbst dann verwehrt, wenn der Landtag den Entwurf abgelehnt habe. Weil der Bürgerantrag demnach, anders als das Volksbegehren, keinen Akt der Volksgesetzgebung auslöse, handele es sich nicht um die Ausübung von Staatsgewalt.²²⁴ Diese Begründung bleibt die Erklärung dafür schuldig, warum das Volk nicht doch – wie ein Abgeordneter auch – Staatsgewalt ausübt, wenn es sich an der staatlichen Parlamentsgesetzgebung beteiligt, indem es im Parlament einen Gesetzentwurf einbringt.

²¹⁹ Vgl. nur das Beispiel bei *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 800. Erst die Geschäftsordnung des Bundestages bestimmt in § 76 Abs. 2, dass Gesetzentwürfe mit einer kurzen Begründung versehen werden müssen. Nicht vorgeschrieben ist dagegen, Alternativlösungen aufzuzeigen und Kostenfolgen offen zu legen, vgl. *Achterberg*, a. a. O., S. 353.

²²⁰ *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 3, Art. 76 Rn. 13, vgl. *Stettner*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 76 Rn. 18.

²²¹ *Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 353; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 3, Art. 76 Rn. 13; *Demmler*, Abgeordnete, S. 331, 333; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 512; *Kloepfer*, Jura 1991, S. 169 (171); *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 76 Rn. 25 (Stand: August 1979).

²²² Nach dieser Vorschrift sind Vorlagen, wozu gemäß § 75 Abs. 1 lit. a GO BT auch Gesetzentwürfe gehören, von einer Fraktion oder von fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages zu unterzeichnen, vgl. BVerfGE 1, 144 (153) („den Abgeordneten in einer zahlenmäßig bestimmten Gruppierung“). Zur Deutung von BVerfGE 1, 144 (153) siehe *Demmler*, Abgeordnete, S. 332 f., bei Fn. 16, überzeugend gegen *Abmeier*, Parlamentarische Befugnisse, S. 135 f.

²²³ ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (84, 87) (I. Sp. sub 14); ebenso *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 107 („Antrag auf Zulassung eines Volksbegehrens“ als „Ausübung der individuellen Freiheit“).

²²⁴ ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (84, 87) (I. Sp. sub 14).

B. Abstimmungskampf

I. Begründung des Grundrechtsschutzes

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Müllkonzept schon den Abstimmungskampf als Ausübung von Staatsgewalt angesehen und so der Bürgerinitiative den Grundrechtsschutz verweigert. Im Folgenden soll vor diesem Hintergrund zweierlei versucht werden. Zunächst geht es darum zu zeigen, wie das Gericht sein Ergebnis noch besser hätte begründen können, nämlich methodengerecht abgeleitet aus dem Text der Verfassung, d. h. entlang der Art. 76 ff. GG. Danach soll erläutert werden, warum dieser Lösungsweg gleichwohl eher das entgegengesetzte Ergebnis, die Grundrechtsberechtigung im Abstimmungskampf, nahe gelegt hätte.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Bürgern im Abstimmungskampf die Grundrechtsberechtigung verweigert durch Rückgriff auf das Unterverfassungsrecht, kraft des Begriffs des status activus und aufgrund einer konturenlosen Funktionenlehre. Demgegenüber kommt es nach der hier vertretenen Lösung gemäß Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG allein darauf an, ob der Abstimmungskampf ein für die Gesetzgebung durch Abstimmung notwendiger Verfahrensschritt ist. Die Notwendigkeit eines Verfahrensschrittes ist dabei danach zu beurteilen, ob die Verfassung diesen Schritt im repräsentativen Gesetzgebungsverfahren vorsieht.

Das Bundesverfassungsgericht hätte das von ihm für richtig gehaltene Ergebnis auch auf diesem Lösungsweg, also durch Orientierung an den grundgesetzlichen Vorgaben für das Gesetzgebungsverfahren, begründen können. Denn das Gericht geht davon aus, dass das Parlament von Verfassung wegen sehr wohl über jeden Gesetzesvorschlag beraten muss. Das folge, so heißt es bereits im ersten Band der Entscheidungssammlung, aus dem „Wesen der Gesetzesinitiative“ in Art. 76 Abs. 1 GG.²²⁵ Hält man diesen Standpunkt für richtig, führt die hier vorgeschlagene Abgrenzung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung im Volksgesetzgebungsverfahren zu dem vom Verfassungsgericht in seiner Entscheidung gefundenen Ergebnis: Weil das Grundgesetz vorgibt, dass das Parlament über Gesetze beraten muss, zählt auch die Beratung über Volksgesetze, also der Abstimmungskampf, zum staatsorganisationsrechtlichen und nicht zum grundrechtlich geprägten Teil des Volksgesetzgebungsverfahrens.

Fraglich ist jedoch, ob mit dem Bundesverfassungsgericht dafür zu halten ist, dass von Verfassung wegen jeder Gesetzentwurf beraten werden müsse. Denn das

²²⁵ BVerfGE 1, 144 (153); ebenso BVerfGE 84, 304 (329). Zustimmend *Bryde*, in: H.-P. Schneider/Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 30 Rn. 14; *ders.*, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz* Bd. 3, Art. 76 Rn. 4; *Hömig*, in: Seifert/Hömig (Hrsg.), *Grundgesetz*, Art. 76 Rn. 4; *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz* Bd. 2, Art. 76 Abs. 1, Rn. 76; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 76 Rn. 1 (Stand: Oktober 1996); *Schmidt-Jortzig/Schürmann*, in: Dolzer/K. Vogel/Graßhof (Hrsg.), *Bonner Kommentar*, Art. 76 Rn. 67 (Stand: November 1996); *Stern*, *Staatsrecht* Bd. II, § 37 III 4 a (S. 618); *Stettner*, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz* Bd. II, Art. 76 Rn. 12.

Grundgesetz erwähnt die Gesetzesberatung in Art. 77 Abs. 1 nicht. Diesen Ausgangspunkt teilt das Bundesverfassungsgericht, was erhellt, warum das Gericht sich genötigt sieht, auf das „Wesen der Gesetzesinitiative“ zu rekurrieren. Die Wendung ist in beiden Teilen problematisch. Zum einen verschleiert die Wendung vom „Wesen“ stets, dass die Entscheidung nicht mehr aufgrund des auszulegenden Textes, sondern nach eigenen Wertungen getroffen wird.²²⁶ Zum anderen rekurriert das Argument der „Gesetzesinitiative“ auf einen Begriff, der seinerseits im Verfassungstext nicht enthalten ist. Dort ist nur die Rede davon, dass die Gesetze „beschlossen“ (Art. 76 Abs. 1 GG) werden. Das Argument hat sich also zwei Schritte weit vom Verfassungstext entfernt.

Dabei hat das grammatische Argument gerade im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren besonderes Gewicht. Denn das Grundgesetz war sich, wie gesehen, nicht zu schade, andere Aspekte des Verfahrens ausdrücklich zu regeln, die dem „Wesen“ der Gesetzgebung – will man überhaupt mit dieser Figur argumentieren – viel eher zuzuordnen sind. Dass Gesetze in den Bundestag eingebracht und so zunächst vorgelegt werden müssen, bevor sie beschlossen werden können, ist zum Beispiel eine denknotwendige Voraussetzung der Gesetzgebung. Wie soll man über ein Gesetz Beschluss fassen, das nicht formuliert ist? Auch der Gesetzgebungsbeschluss selbst ist sachnotwendig, wie das Grundgesetz in Art. 81 zum Ausdruck bringt. Danach darf selbst im Falle des „Gesetzgebungsnotstands“ kein Gesetz ohne Zustimmung eines Gesetzgebungsorganes zu Stande kommen.²²⁷ Wenn überhaupt etwas, dann gehören also Gesetzesinitiative und Gesetzesbeschluss zum „Wesen der Gesetzgebung“. Dagegen sind sehr wohl Gesetze denkbar, die ohne Debatte verabschiedet werden, etwa wegen besonderer Dringlichkeit oder wegen vorab postulierter Einmütigkeit der Abgeordneten. Daher spricht ein „Wesen der Gesetzgebung“ bestenfalls dafür, dass das Grundgesetz die Beratung nicht vorschreibt.

Entscheidend ist jedoch nicht das Wesen der Gesetzgebung, sondern der Text des Grundgesetzes. Dessen Systematik spricht gegen die These, dass das Grundgesetz die Gesetzesberatung verlangt. Zum Ersten beraubt die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG jeder normativen Kraft. Der Einstufung der Vorschrift als „deklaratorisch“²²⁸ steht nicht nur das jeder deklaratorischen Interpretation gegenüber einschlägige genetische Argument entgegen, dass der Gesetzgeber keinen Grund hatte, überflüssige Vorschriften zu positivieren.²²⁹

²²⁶ Gegen das „Wesen“ als Argument etwa *Scheuerle*, AcP 163 (1964), S. 429 ff., der vom „wunderwebenden Wesenswirrwarr“ spricht (S. 430), und *Gast*, Juristische Rhetorik, Rn. 413.

²²⁷ Die Ablehnung durch den Bundestag kann zwar unter gewissen, engen Voraussetzungen überspielt werden, doch dann bedarf das Gesetz gemäß Art. 81 Abs. 2 S. 1 GG der Zustimmung des Bundesrats, vgl. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 81 Rn. 4.

²²⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 76 Rn. 7; ebenso *Hömig*, in: Seifert/Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 76 Rn. 15 („beträchtigt“); *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Bd. 2, Art. 76 Abs. 1, Rn. 77 (klarstellende Regelung) mit Hinweisen auf die Genese der Vorschrift aus dem Jahre 1994.

Überdies kommt das systematische Argument hinzu, dass Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG eben nicht als Art. 76 Abs. 4 GG normiert ist.²³⁰ Damit bezieht sich die Vorschrift gerade nicht auf alle in Art. 76 Abs. 1 GG genannten Vorlagen, sondern nur auf die in Art. 76 Abs. 3 GG geregelten Vorlagen des Bundesrates. Dem entspricht es, dass die Vorschrift 1994 eingefügt wurde, um auf die unzureichende Behandlung von Vorlagen des Bundesrates gegenüber anderen Initiativen zu reagieren.²³¹ Zu dieser Feinsteuerung des Anwendungsbereichs will es nicht so recht passen, die Vorschrift als überflüssig zu verstehen.

Dass die Beratungspflicht nach der hier vertretenen Auffassung nur für solche Vorlagen greift, die der Bundesrat vorgelegt hat, hat seinen Grund in der dominierenden Rolle der Bundesregierung als Initiativorgan.²³² Im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes (vgl. die Abs. 1 der Art. 63, 67 und 64 GG) sind Bundesregierung und Bundestagsmehrheit parteipolitisch regelmäßig gleich gefärbt.²³³ Daneben besteht die regelmäßig realisierte Möglichkeit, dass im Bundesrat die Parlamentsopposition die Mehrheit führt. Vor diesem Hintergrund ist es nur konsequent, wenn das Grundgesetz die Parlamentsopposition als mögliche Mehrheit im Bundesrat schützt, indem sie für ihre aus dem Bundesrat eingebrachten Vorlagen eine Beratungspflicht des Bundestages postuliert. Dagegen bedarf es dieser Pflicht für Vorlagen der Bundesregierung gerade nicht, weil Bundesregierung und Bundestagsmehrheit aufgrund der genannten Vorschriften ohnehin regelmäßig an einem Strang ziehen.

Zum Zweiten ist die Beratung des Gesetzes eine besondere Form seiner Begründung. Begründungen schreibt das Gesetzgebungsverfahren des Grundgesetzes aber auch sonst nicht zwingend vor. Das wiegt besonders schwer, weil das Grundgesetz Begründungen eigentlich in abgestufter Weise regelt. Gemäß Art. 76 Abs. 2 S. 2 GG ist der Bundesrat „berechtigt“ (also nicht verpflichtet²³⁴), zu Vorlagen der Bundesregierung Stellung zu nehmen, und gemäß Art. 76 Abs. 3 S. 2 GG „soll“ die Bundesregierung ihre Auffassung zu Vorlagen des Bundesrates darlegen. Das heißt, dass auch die Bundesregierung nicht immer zu einer Darlegung verpflichtet ist.²³⁵ Beratungen des Bundestages sind demgegenüber nur in Sonderfällen vorgeschrieben, nämlich gemäß Art. 115d Abs. 2 S. 2 GG gemeinsam mit dem Bundesrat und gemäß Art. 77 Abs. 2 S. 1 GG im Vermittlungsausschuss (sofern man diesen Fall überhaupt noch hierher rechnen will). Be-

²²⁹ Noch rigoroser *Dürr/Middeke*, Baurecht, Rn. 111 (S. 77), *Jeand'Heur*, NVwZ 1995, S. 1174 (1175), wonach es keine rein deklaratorisch wirkende Rechtsnorm gebe.

²³⁰ Vgl. *Lücke*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 76 Rn. 31; *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Bd. 2, Art. 76 Abs. 1, Rn. 77 Fn. 77.

²³¹ *Masing*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Bd. 2, Art. 76 Abs. 1, Rn. 77.

²³² Dazu *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Einführung, S. 40 (53 ff.) mit einer nach Initianten geordneten Übersicht über eingebrachte und verabschiedete Gesetze auf S. 54.

²³³ Vgl. *Bryde*, v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 3, Art. 76 Rn. 4.

²³⁴ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 76 Rn. 6.

²³⁵ BT-Drs. 12/6000, S. 37; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 76 Rn. 7.

gründungen sind dagegen ausgeschlossen, wo angeordnet wird, dass die Abstimmung ohne Aussprache stattfindet (wie bei der Wahl des Bundespräsidenten gemäß Art. 54 Abs. 1 S. 1 GG).

Schließlich steht das Grundgesetz – wie gerade gezeigt – einer Regelung nicht entgegen, mit welcher der Bundestag das Gesetzesinitiativrecht jedem einzelnen Abgeordneten gewährte. Eine Geschäftsordnung, die das tut, steigert zwangsläufig die Zahl der initiierten Gesetze. Partikularinteressen und Hinterbänkler erlangen nun die Möglichkeit, mittels Initiativen zur Geltung zu kommen. Würde der Bundestag Gesetze beraten müssen, die von vornherein keine Aussicht auf Annahme haben, wäre er überfordert. Das Grundgesetz träfe also keine stimmige Regelung, wenn es – obwohl es die Gesetzesinitiative auch einzelner Abgeordneter zulässt – die Beratung jeder Gesetzesinitiative aufgäbe.²³⁶

Nach alledem soll hier davon ausgegangen werden, dass die Verfassung dem Bundestag die Beratung von Gesetzesinitiativen nicht vorschreibt. Daraus folgt, dass die Bürgerinnen und Bürger im Abstimmungskampf, wo sie Gesetzesinitiativen „beraten“, grundrechtsberechtigt agieren.²³⁷

Insoweit unterscheidet sich der Abstimmungskampf vom repräsentativen Gesetzgebungsverfahren, denn die Abgeordneten im Parlament unterliegen der Grundrechtsbindung. Diese Diskrepanz verwundert nicht. Sie gründet im verschiedenen Ausgangspunkt: Wie erwähnt kommt der Bürger von der Grundrechtsberechtigung her, ist als Person a priori grundrechtsberechtigt. Dagegen handelt der Abgeordnete, der sein Amt ausübt, schon im Ausgangspunkt grundrechtsgebunden.

Die unterschiedliche Qualifikation direkter und indirekter Gesetzgebung passt außerdem gut zum dogmatischen Institut des Grundrechtsverzichts.²³⁸ Wer Abgeordneter wird, weiß, dass die Kundgabe von politischen Meinungen und andere Tätigkeiten, die er vorher privat im Schutze der Grundrechte unternommen hat, nun zu seinen Dienstaufgaben gehören, für die der Grundrechtsschutz nicht mehr greift. Während also der Abgeordnete – nicht rechtstechnisch, aber wertungsmäßig – auf die Grundrechte verzichtet, hat der Bürger ein Amt nie angenommen und daher auch nie auf Grundrechte verzichtet. Der Abstimmungskampf ähnelt also weniger der Debatte im Parlament als dem Wahlkampf zum Parlament. Im Wahlkampf ist jedoch anerkannt, dass sich die Bewerberinnen und Bewerber auf ihre Grundrechte berufen können.²³⁹

²³⁶ Auch nach der hier vertretenen Auffassung bleibt unbestritten, dass es politisch geboten ist, jedenfalls solche Gesetze zu beraten, die Aussicht haben, verabschiedet zu werden. Allein hat das Grundgesetz diese Vorgabe nicht zu einer verfassungsrechtlichen erhoben, sondern darauf vertraut, dass der Bundestag sich diese Vorgabe selbst auferlegen wird.

²³⁷ Im Ergebnis ebenso, aber ohne nähere Begründung *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 108 unten.

²³⁸ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 141 auf S. 63.

²³⁹ Siehe oben S. 67, bei Fn. 172.

Schließlich überzeugt es wertungsmäßig, die Bürgerinnen und Bürger im Abstimmungskampf aus den Grundrechten berechtigt zu sehen. Andernfalls wären sie nämlich – anders als Abgeordnete – völlig schutzlos gestellt. Während Bundestagsabgeordnete durch Immunität und Indemnität geschützt sind, die Art. 46 GG verfügt, sind die Bürgerinnen und Bürger auf den Schutz der Grundrechte angewiesen. Selbst unter ihrem Schutz sind sie weniger geborgen als die Abgeordneten. Denn Strafverfolgung, von Art. 46 GG erfasst,²⁴⁰ ist im Schutzbereich der Grundrechte möglich, wie sich etwa aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 GG ergibt. So gesehen ist es also erst die Grundrechtsberechtigung der Bürgerinnen und Bürger, die im Abstimmungskampf den offenen Diskurs²⁴¹, den Wettbewerb der Ideen ermöglicht, auf den die Volksgesetzgebung wie jede Gesetzgebung in besonderer Weise angewiesen ist.

Nach alledem ist festzuhalten, dass die am Abstimmungskampf beteiligten Bürger grundrechtsberechtigt agieren. Der Begriff des Abstimmungskampfes will dabei weit verstanden werden. Er umfasst alle Volksgesetzgebungsphasen vor der Abstimmung. Geschützt ist also nicht erst die Phase nach dem Begehren, in der klar ist, dass es zu einer Abstimmung kommen wird, sondern schon die Phasen davor, wenn die den Gesetzentwurf tragenden Bürger sich bemühen, die notwendige Anzahl von Unterstützerunterschriften zu sammeln. Bürger können sich dabei entgegen dem Bundesverfassungsgericht auf ihre Grundrechte berufen. Freilich dringen sie damit nur durch, sofern sie grundrechtsverpflichteten Entitäten gegenüberstehen. Die Grundrechte gelten also im Verhältnis zu Abgeordneten und Verwaltungsbeamten, die sich im Abstimmungskampf äußern, und auch gegenüber dem Gesetzgeber, der den Abstimmungskampf regelt. Sie nützen dagegen, abgesehen von den Fällen der Drittwirkung, nichts gegenüber konkurrierenden Bürgergruppen, die gleichfalls im Abstimmungskampf Stellung beziehen. Hier zeigt sich, dass es auf das Rechtsverhältnis ankommt:²⁴² Dieselben Personen, nämlich die im Abstimmungskampf engagierten Bürger, können sich bei derselben Handlung, dem Debattieren des vorgeschlagenen Gesetzesentwurfs, nur im Verhältnis zur Staatsgewalt, nicht aber im Verhältnis zu anderen Bürgern auf die Grundrechte berufen.

Dieses Ergebnis respektiert die oben entwickelten methodischen Vorgaben, insbesondere das Postulat der Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG, die Reichweite der Grundrechtsgeltung nicht zur Disposition von landesrechtlichen Regelungen zu stellen. Wenn der Volksgesetzgebungs-Gesetzgeber also vorsieht, dass ein Volks-

²⁴⁰ Zu Indemnität, also der Verantwortungsfreiheit gemäß Art. 46 Abs. 1 GG, und zu Immunität, also der Verfolgungsfreiheit gemäß Art. 46 Abs. 2 bis 4 GG, vgl. *Magiera*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 46 Rn. 1, 11. Auch in Abs. 1 schützt Art. 46 GG vor Strafverfolgung, vgl. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 46 Rn. 4.

²⁴¹ Vgl. *Di Fabio*, Offener Diskurs, S. 82 ff.; *Habermas*, Theorie kommunikativen Handelns Bd. 1, S. 114 ff.; *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 41; zu den Funktionen des Diskurses *Eco*, Zeichen, S. 73 f.

²⁴² Vgl. dazu oben, Erstes Kapitel, § 2 C I (S. 83 ff.).

entscheid erst einige Monate nach dem Begehren stattfinden darf, damit in der Zwischenzeit Gelegenheit besteht zur „öffentlichen Information und Diskussion über den Gegenstand des Volksentscheides“²⁴³, dann macht er damit zwar den Abstimmungskampf zu einem Verfahrensschritt der Volksgesetzgebung. Dennoch kann er unterverfassungsrechtlich nicht über die Reichweite der Grundrechtsgeltung verfügen. Daher bleibt es auch unter einer solchen Regelung dabei, dass die Grundrechte greifen.

II. Exkurs: Grundrechts- und Demokratietheorie

Das Ergebnis, dass die Grundrechte im Abstimmungskampf gelten, soll folgend eine theoretische Absicherung erfahren. Grundrechtstheorie und Demokratietheorie, gegenüber der Grundrechtsdogmatik nur von lückenfüllender Bedeutung,²⁴⁴ steuern hier den Hinweis bei, dass es nicht zu einem Verlust der Grundrechte führt, wenn sich ein Bürger demokratisch betätigt. Im Gegenteil: Die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie unterstellt in diesen Fällen sogar regelmäßig gesteigerten Grundrechtsschutz.

Dem grundlegenden Aufsatz von Böckenförde über „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“ folgend sind verschiedene Grundrechtstheorien zu unterscheiden,²⁴⁵ von denen hier allein die demokratisch-funktionale relevant ist. Sie versteht Grundrechte von ihrer öffentlichen und politischen Funktion her.²⁴⁶ Grundrechte sind dem Staatsbürger danach „nicht zur freien Verfügung eingeräumt, sondern in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse.“²⁴⁷ Die grundrechtliche Freiheit ist keine Freiheit schlechthin, sondern eine „Freiheit, um zu“, finale Freiheit.²⁴⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat, auch wenn es stets den primär defensiv-liberalen Gehalt der Grundrechte betonte, bisweilen funktional-demokratischen Positionen Vorschub geleistet, etwa mit dem Hinweis darauf, dass die Grundrechte des Art. 5 GG für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung „schlechthin konstituierend“ sind,²⁴⁹ oder neuerdings mit der

²⁴³ Ss Vf Art. 72 Abs. 3 S. 1.

²⁴⁴ Böckenförde, NJW 1974, S. 1529 (1536 ff.); Häberle, JZ 1989, S. 913 (918); Jeand'Heur, JZ 1995, S. 161 (165); vgl. auch F. Müller/Christensen, Juristische Methodik I, Rn. 432 (S. 371 f.).

²⁴⁵ Böckenförde, NJW 1974, S. 1529 ff.; ebenso Pieroth, Jura 1984, S. 568 (569 f.); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 79; Sachs, Grundrechte, A 3 Rn. 21 ff.

²⁴⁶ Heintschel v. Heinegg/Haltern, JA 1995, S. 333 (334).

²⁴⁷ BVerwGE 14, 21 (25), vgl. auch Höfling, NJW 1983, S. 1582 (1584, Fn. 24).

²⁴⁸ Vgl. zu den Dissonanzen zwischen dem freiheitlichen Grundrechtsbegriff und einem Verständnis von finaler Freiheit auch Hattenhauer, Geisteschichtliche Grundlagen, Rn. 770 f.

²⁴⁹ BVerfGE 7, 198 (208). Vgl. BVerfGE 25, 256 (265); 73, 206 (258); Enders, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, vor Art. 1 Rn. 52 (Stand: Grundwerk 2000); ders., JuS 1997, S. L9 (L10).

Erkenntnis, dass Art. 8 GG nur Versammlungen schützen soll, deren Teilnehmer den gemeinsamen Zweck verfolgen, öffentliche Angelegenheiten zu erörtern.²⁵⁰

Diese Abhandlung, der Unterscheidung von subjektiven Rechten und Kompetenzen verpflichtet, muss eine solche Grundrechtstheorie ablehnen. Dem Wortlaut der Grundrechte lässt sich ein Vorrang von funktional-demokratisch ausgeübter Freiheit gegenüber anderen Ausübungsweisen ohnehin nicht entnehmen.²⁵¹ Bemerkenswert ist jedoch, dass selbst die funktional-demokratische Grundrechtstheorie davon ausgeht, dass funktional-demokratischer Grundrechtsgebrauch Freiheitsgebrauch bleibt. Sie nimmt regelmäßig sogar an, dass der Grundrechtsschutz stärker wird, wenn der Freiheitsgebrauch demokratische Funktionen erfüllt. Das erhellt das Beispiel der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG). Stellungnahmen im politischen Meinungskampf sollen danach einen gesteigerten Schutz genießen.²⁵² „Handelt es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage“, spricht das laut Bundesverfassungsgericht für ein Übergewicht der Meinungsfreiheit.²⁵³ Dem entspricht die demokratietheoretische Einsicht, dass der „demokratische Interaktionszusammenhang“ (Uwe Volkmann) auf der Ausübung grundrechtlicher Freiheitsrechte basiert.²⁵⁴ Weil das Grundgesetz also nicht nur politische Debatten wünscht,²⁵⁵ sondern Beiträge dazu auch grundrechtlich schützt, stützen Demokratie- und Grundrechtstheorie das oben aus den Vorschriften des Grundgesetzes abgeleitete Ergebnis, dass Bürgerinnen und Bürger ihre Beiträge zum Abstimmungskampf im Schutze der Grundrechte leisten können.

C. Zielfindung und Entwurfsfertigung

Volksgesetzgebung nimmt ihren Lauf immer erst, nachdem ein Missstand ausgemacht wurde, den es zu ändern gilt. Wer auf einen solchen Missstand aufmerksam macht, wer sich mit anderen trifft, um darüber zu debattieren, handelt gegenüber der Verwaltung und dem Gesetzgeber im Schutze der Grundrechte. Das versteht sich ganz zu Beginn des Verfahrens, solange das Volksgesetzgebungsverfahren

²⁵⁰ BVerfGE 104, 92 (92 Ls. 2, 104); BVerfG, NJW 2004, S. 2814 (2815) m. Anm. *Sachs*, JuS 2004, S. 1095 (1096); *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, Art. 8 Rn. 2; krit. *Tschentscher*; NVwZ 2001, S. 1243 (1245 f.); a.A. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 692 f.; *Sachs*, Grundrechte, B 8 Rn. 4 (S. 366) (keine Reduktion auf demokratisch-funktionale Bedeutung).

²⁵¹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist es im Gegenteil geradezu das Kennzeichen von Freiheit, als Selbstzweck dem Individuum um seiner selbst willen gegeben zu sein und daher, ohne eine Funktion erfüllen zu müssen, ausgeübt werden zu dürfen.

²⁵² BVerfGE 61, 1 (11); *Grimm*, NJW 1995, S. 1697 (1703 f.) m. w. N.

²⁵³ BVerfGE 61, 1 (11); 71, 206 (220); 85, 1 (16).

²⁵⁴ *Volkmann*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 19 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001); ebenso *Grimm*, in: Benda/Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 15 Rn. 4; *Höfling*, Der Staat 33 (1994), S. 492 (495 f., 508).

²⁵⁵ Vgl. *Behmenburg*, LKV 2003, S. 500 (501) (mit Blick auf Art. 8 GG).

ren überhaupt noch nicht als Mittel gegen den Missstand erkannt worden ist, fast von selbst. Denn dann handelt es sich um einen geradezu klassischen Fall grundrechtsberechtigten Handelns. Nichts anderes gilt während der Debatte darüber, ob ein Volksgesetz dem Missstand abhelfen soll (und nicht etwa eine Petition an die Verwaltung, vgl. Art. 17 GG, oder ein Parlamentsgesetz). Gleiches gilt schließlich auch noch nach der Entscheidung für das Volksgesetzgebungsverfahren. Denn alle diese Schritte des Gesetzgebungsverfahrens sind in Art. 76 ff. GG nicht enthalten. Sie liegen vor der Gesetzesinitiative, dem Beginn des Gesetzgebungsverfahrens,²⁵⁶ und erfolgen daher im Schutze der Grundrechte.

Drittes Kapitel

Rechtsvergleich: Parallelprobleme in den USA

Der Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten von Amerika soll zeigen, dass die hier vorgeschlagene Lösung auch insoweit praktikabel ist, als sie sich gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt. Das ist möglich, weil der in dieser Abhandlung entwickelte Gedanke, dass im Abstimmungskampf Grundrechtsschutz besteht, im Ergebnis der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* entspricht. Der Rechtsvergleich soll außerdem erhellen, dass das vom Bundesverfassungsgericht verwandte Argument der Funktion der Volksgesetzgebung kein trennscharfes Unterscheidungsmerkmal benennt.

Ein Rechtsvergleich erscheint fruchtbar, weil das verfassungsrechtliche Umfeld dort dem hiesigen ähnlich genug ist. Die amerikanische wie die deutsche Verfassung sind demokratisch, basieren auf den Grundrechten und kennen eine ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁵⁷ Sowohl die USA als auch Deutschland sind Bundesstaaten, in denen Gemeinden existieren. Insbesondere die Rechte der Volksgesetzgebung ähneln einander sehr. Bei der Einführung von Volksgesetzgebung in Deutschland am Ende des Ersten Weltkrieges dienten die Staaten der USA, neben der Schweiz, als Vorbild und dem Vergleich.²⁵⁸ Dabei steht die Volksgesetzgebung hier wie dort auf der Ebene des Zentralstaates nicht zur Verfügung. Beide Bundesverfassungen verstehen Demokratie strikt repräsentativ. Elemente direkter Demo-

²⁵⁶ Vgl. *Bethge*, NJW 1975, S. 77 (78); *Stettner*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 76 Rn. 6.

²⁵⁷ Zum U.S.-amerikanischen Vorbild in der deutschen Verfassungsgeschichte vgl. *Hartmann*, Tul. Eur. & Civ. L.F. 17 (2002), S. 23 ff. (zum Einfluss auf die Paulskirchendebatte) und *dens.*, BYU Journ. of Publ. L. 18 (2004), S. 107 ff. (zum Einfluss auf die Debatte um das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung).

²⁵⁸ *Heußner*, Volksgesetzgebung, S. 8, 451. Zur direkten Demokratie in der Schweiz vgl. etwa *Körkemeyer*, Direkte Demokratie, S. 14 ff.

kratie existieren aber unterhalb der zentralstaatlichen Ebene, in den Gliedstaaten und Gemeinden, hier wie dort schon seit langer Zeit.²⁵⁹

In den USA werden plebiszitäre Elemente seit jeher angewandt. Mit der Kolonialisierung Nordamerikas nahm auch die amerikanische Tradition direkter Demokratie ihren Anfang. Das „town-meeting“ ist die Urform, es hat insbesondere im Mittleren Westen und an der amerikanischen Ostküste eine bemerkenswerte Überlebensfähigkeit gezeigt. So ist nicht nur der Kommunalverfassungsentscheid, Erbe der *Jacksonian Democracy*, fast in jedem Staat anzutreffen. Spätestens seit der Gemeindereformbewegung um das Jahr 1900 kennen fast alle größeren Gemeinden auch den einfachen Kommunalentscheid, Referendum bzw. Initiative genannt.²⁶⁰ Auf der Ebene des Gliedstaates erlauben heute alle Staaten bis auf Delaware zumindest zur Änderung der Verfassung das *constitutional referendum*.²⁶¹ In 24 Staaten stehen zudem auch für die „einfache“ Staatengesetzgebung die Pendants zu Volksbegehren und Volksentscheid zur Verfügung.²⁶²

Trotz der Ähnlichkeit des Volksgesetzgebungsrechts birgt der Rechtsvergleich einige Schwierigkeiten. Sie sind dogmatischer und konzeptioneller Natur. Dogmatisch erschwert es den Rechtsvergleich, dass sich in den USA allgemeine Grundrechtslehren nicht durchgesetzt haben.²⁶³ Die Figur der Grundrechtsberechtigung existiert dort, soweit ersichtlich, überhaupt nicht. Konzeptionell ist der Rechtsvergleich schwierig, weil in Amerika die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft nicht so streng durchgeführt wird wie hier. In den USA umfasst die *political society* jene beiden Verbände, die Deutschland mit Staat und Gesellschaft beschreibt. Amerika sieht *government* nicht im Gegensatz zu, sondern als Teil der *political society*, nicht über der Gesellschaft oder identisch mit ihr, sondern als Funktion, die *political society* zu führen.²⁶⁴ In den 1960er Jahren hat Ehmke vorgeschlagen, dass Deutschland die amerikanische Theorie übernehme.²⁶⁵ Zustimmung hat der Vorschlag nicht gefunden.²⁶⁶ Aber die dogmatischen und konzeptionellen Schwierigkeiten lassen sich bewältigen. Konzeptionell kommt, auch wer die Begriffe von

²⁵⁹ Vgl. Stelzenmüller, Direkte Demokratie, S. 114, 163.

²⁶⁰ Stelzenmüller, Direkte Demokratie, S. 283, 172, 176. Vgl. Kupka, KJ 1990, S. 449 (450 f.); Nickel, in: Hoffmann / Kromberg / V. Roth / Wiegand (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung, S. 145 (145 ff.), Silagi, JöR N.F. 31 (1982), S. 271 ff.

²⁶¹ Vgl. Rommelfanger, Referendum, S. 241 f.

²⁶² Broder, Democracy Derailed, S. 245; Clark, Mich. L.Rev. 97 (1999), S. 1560 (Fn. 1).

²⁶³ Vgl. nur Sullivan / Gunther, Constitutional Law, die inmitten der Kapitelfolge über diverse „Individual Rights“ ein Kapitel über Post-Civil War Amendments einschieben, das „Constitutional Restraints on Private Conduct“ und dabei auch *state action* behandelt.

²⁶⁴ Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 21 f.; Ehmke, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 241 (244, 272 ff.); vgl. zum Begriff des *government* auch Frotscher / Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rn. 740.

²⁶⁵ Ehmke, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 241 (244, 272 ff.).

²⁶⁶ Vgl. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, S. 22 und passim.

Staat und Gesellschaft anders besetzt, nicht umhin zu bekennen, wen die Verfassung denn nun binde. Dogmatisch ist die Figur der Grundrechtsberechtigung entbehrlich, weil das Problem wie gesehen allein mittels der Figur der Grundrechtsbindung, als Spiegelbild der Grundrechtsberechtigung verstanden, vollständig zu erfassen ist.

Weil in den USA Instrumente direkter Demokratie schon seit langer Zeit und in großer Zahl angewandt werden, gibt es viele Entscheidungen der Gerichte in diesem Bereich. Im Gegensatz zur Bundesrepublik haben amerikanische Richter volksbeschlossene Gesetze bereits wegen eines Verstoßes gegen Grundrechte für verfassungswidrig erklärt.²⁶⁷ Der *U.S. Supreme Court* hat in mehreren Fällen Volksgesetze am Gleichheitssatz gemessen.²⁶⁸ In den Fällen *Reitman v. Mulkey* und *Hunter v. Erickson* aus den 1960er Jahren hatte ein Landesparlament ein Gesetz verabschiedet, das es privaten Grund- und Wohnungseigentümern verbot, über den Verkauf und die Vermietung ihres Eigentums nach Rasse zu entscheiden.²⁶⁹ Als Reaktion auf diese sog. „Fair-Housing-Laws“ beschloss das Volk eine Änderung seiner Verfassung, wonach der Staat bei Immobilienverträgen zwischen Privaten nicht in die Vertragsfreiheit eingreifen dürfe.²⁷⁰ So sollten die ausdrücklichen Diskriminierungsverbote der Fair-Housing-Laws außer Kraft gesetzt werden.²⁷¹ In einer neueren Entscheidung, *Romer v. Evans*, ging es um eine Initiative, die ein Parlamentsgesetz aufheben sollte, das die Diskriminierung Homosexueller beenden wollte.²⁷² In allen drei Fällen, in *Reitman*, in *Hunter* und in *Romer*, hat das Gericht das Volksgesetz aufgehoben, jeweils weil es den Gleichheitssatz des Vierzehnten Amendments²⁷³ verletze.²⁷⁴ Das Gericht ging also stets davon aus, dass Volksgesetzgebung an die Grundrechte gebunden ist.

²⁶⁷ Heußner, Volksgesetzgebung, S. 453.

²⁶⁸ *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967); *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385; 89 S.Ct. 557 (1969).

²⁶⁹ *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369, 374 (1967); siehe dazu Zimmerman, The Initiative, S. 73. In *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385, 386 (1969), ging es um eine Satzung dieses Inhalts. Vgl. zum Anti-Diskriminierungsgesetz in Deutschland oben S. 99, Fn. 149.

²⁷⁰ Die Vorlage war neutral formuliert und lautete: „Neither the State nor any subdivision of agency thereof shall deny, limit or abridge, directly or indirectly, the right of any person, who is willing or desires to sell, lease or rent any part or all of his real property, to decline to sell, lease or rent such property to such person or persons as he, in his absolute discretion, chooses“ (zitiert nach *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369, 371 (1967)).

²⁷¹ Glaser, Direkte Demokratie, S. 160; Heußner, Volksgesetzgebung, S. 119, 124.

²⁷² *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Vgl. dazu Sullivan / Gunther, Constitutional Law, S. 700 f.; Faßbender, EuGRZ 1997, S. 608 ff.

²⁷³ Zusatzartikel; die zitierten U.S.-amerikanischen Vorschriften sind im Anhang dieser Schrift, auf S. 218 f., abgedruckt.

²⁷⁴ Die Entscheidung in Sachen *Buckley*, unten Fn. 278, fällt zugleich in diese Kategorie, weil es sich um ein Volksgesetz handelte, das die Meinungsfreiheit im Abstimmungskampf verletzte, vgl. *Buckley v. Am. Constitutional Law Found.*, 525 U.S. 182, 194 (1999), und Zimmerman, The Initiative, S. 79 f.

Auf der anderen Seite haben amerikanische Gerichte auch Parlamentsgesetze für verfassungswidrig erklärt, weil sie die Grundrechte der an der Volksgesetzgebung beteiligten Bürger verletzen.²⁷⁵ Vor dem *U.S. Supreme Court* ging es in *Meyer v. Grant* um die Sammlung von Unterschriften zur Unterstützung eines Begehrens. Ein Parlamentsgesetz stellte es unter Strafe, Mitarbeiter dafür zu bezahlen, dass sie den Gesetzentwurf verbreiten und dabei helfen, die erforderliche Anzahl von Unterschriften zu sammeln.²⁷⁶ In *Buckley v. American Constitutional Law Foundation* hat das Gericht drei weitere Verfahrensvoraussetzungen der Unterschriftensammlung überprüft. Ausweislich eines Parlamentsgesetzes durften nur Abstimmungsberechtigte Unterstützerunterschriften sammeln.²⁷⁷ Sie hatten ein Namensschild zu tragen und mussten der Verwaltung mit Namen, Adresse und Verdienst gemeldet werden.²⁷⁸ In beiden Fällen, in *Meyer* wie in *Buckley*, entschied das Gericht, dass die Gesetze das Grundrecht der Initiatoren, ihre Meinung zu verbreiten, und damit das Erste und Vierzehnte Amendment der Bundesverfassung verletzen.²⁷⁹ Die Urteile gehen also davon aus, dass die Bürgerinnen und Bürger im Abstimmungskampf grundrechtsberechtigt sind. Damit hat der *U.S. Supreme Court* die Frage der Grundrechtsberechtigung anders beantwortet als das Bundesverfassungsgericht.

Die Beispiele zeigen, dass der *U.S. Supreme Court* im Verfahren der Volksgesetzgebung manchmal, in der hier geläufigen Terminologie gesprochen, die Grundrechtsberechtigung und manchmal die Grundrechtsbindung der Bürger annimmt. Man sollte schon deswegen meinen, dass das Gericht offen legte, unter welchen Voraussetzungen die eine und unter welchen Voraussetzungen die andere Alternative greift. Hinzu kommt, dass der Gleichheitssatz des Vierzehnten Amendments ausdrücklich („No State shall make or enforce ...; nor shall any State“) fordert, dass *state action* vorliege, was nach unserem Verständnis die Differenzierung zwischen der Ausübung von Staatsgewalt und dem Ausleben von Freiheit erzwingt. Gleichwohl lassen sich Ausführungen dazu kaum finden. In *Reitman* verhält sich nur die abweichende Meinung des Richters Harlan, dem sich die Richter Black, Clark und Stewart angeschlossen haben, zu dieser Frage. Es wird dort schlicht festgestellt:

„There is no question that the adoption of [the initiative, *bjh*], repealing the former state anti-discrimination laws and prohibiting the enactment of such state laws in the future, constituted ‚state action‘ within the meaning of the Fourteenth Amendment.“²⁸⁰

²⁷⁵ Zu einem Parallelbeispiel aus der Bundesrepublik vgl. SächsVerfGH, LKV 2001, S. 459, wo es um die „Vereitelungspraxis staatlicher oder sonst öffentlicher Stellen“ im Volksgesetzgebungsverfahren (*Sachs*, LKV 2002, S. 249 (251 bei Fn. 14)) ging.

²⁷⁶ *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414, 416 (1988).

²⁷⁷ Zum Parallelproblem, ob als Vertreter eines Bürgerbegehrens nur Bürger der Gemeinde, in der das Bürgerbegehren durchgeführt wird, in Frage kommen, vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2004, S. 519 (519) (für diese Begrenzung).

²⁷⁸ *Buckley v. Am. Constitutional Law Found.*, 525 U.S. 182, 186 (1999).

²⁷⁹ *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414, 416 (1988); *Buckley v. Am. Constitutional Law Found.*, 525 U.S. 182 (1999).

In *Hunter*, wo der Bürgerentscheid die Hauptsatzung der Stadt, die *Charter*, ergänzte, hat das Gericht einen Relativsatz auf die Frage verwandt: „By adding § 137 to its Charter the City of Akron, which unquestionably wields state power, . . .“²⁸¹ Darüber hinaus wird gesagt:

„[T]he implementation of a law through popular referendum [does not] immunize it . . . The sovereignty of the people is itself subject to those constitutional limitations which have been duly adopted and remained unrepealed.“²⁸²

In *Meyer* heißt es lapidar: „[The] right freely to engage in discussion . . . is guarded by the First Amendment.“²⁸³ In *Buckley* formuliert das Gericht:

„[V]oters may no more violate the United States Constitution by enacting a ballot issue than the general assembly may by enacting legislation.“²⁸⁴

In *Romer* schließlich findet das Problem überhaupt keine Erwähnung mehr.²⁸⁵ Dem *U.S. Supreme Court* ist seine Rechtsprechung augenscheinlich derart offensichtlich zutreffend, dass es die Richter nicht (mehr) für nötig halten, ihre Gründe zu explizieren. Dass das Gericht sich verhält, wie es sich verhält, ohne dafür kritisiert zu werden, liegt daran, dass seine Rechtsprechung zur Volksgesetzgebung zu Ergebnissen führt, die auch sonst als einsichtig, vernünftig und praktikabel anerkannt sind. Weil die Lösung des Gerichts, dass die Grundrechte im Abstimmungskampf gelten, in Übersee praktiziert wird, besteht Grund zur Hoffnung, dass die hier vorgeschlagene, insoweit inhaltsgleiche Lösung in Deutschland gleichfalls durchführbar wäre.

Sein gegensätzliches Ergebnis hat das Bundesverfassungsgericht mit einer funktionalen Bestimmung der Staatsgewalt begründet. Der Begriff der Funktion erscheint an mehreren Stellen im Beschluss.²⁸⁶ So formuliert das Gericht etwa, dass das in Rede stehende Recht eine Kompetenz sei, weil es die Träger der Bürgerini-

²⁸⁰ *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369, 392 (1967) (dort ohne Hervorhebung).

²⁸¹ *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385, 389 (1969).

²⁸² *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385, 392 (1969). Das Argument der Souveränität weist mindestens zwei Mängel auf. Zum einen kann es nicht erklären, warum während des Volksgesetzgebungsverfahrens das Volk manchmal an die Grundrechte gebunden und manchmal aus ihnen berechtigt ist, denn die Souveränität des Volkes verändert sich während des Verfahrens nicht. Zum andern unterscheidet es nicht hinreichend zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué*, vgl. dazu oben in diesem Teil, Erstes Kapitel, § 2 B.

²⁸³ *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414, 421 (1988).

²⁸⁴ *Buckley v. Am. Constitutional Law Found.*, 525 U.S. 182, 194 (1999). Der *District Court* hatte angenommen, dass ein Volksgesetz „not subject to any level of [judicial] scrutiny“ sei.

²⁸⁵ Von den zitierten Fällen abgesehen hat das Gericht die Anwendbarkeit der Grundrechte auf Volksgesetze auch noch in der Entscheidung *Lucas v. Forty-Fourth General Assembly of the State of Colorado*, 377 U.S. 713, 736 f. (1964), angenommen, ohne eine Begründung zu geben.

²⁸⁶ BVerfGE 96, 231 (239 sub II.1.a, 241 sub e, 242 sub 2.a).

tiative mit einer „Funktion im Verfassungsleben“ ausstatte und „insoweit in die Organisation des Staates“ einbeziehe.²⁸⁷ Andernorts bezieht sich das Gericht auf Streitigkeiten unter Funktionsträgern der Staatsgewalt im Lande.²⁸⁸

Der Rechtsvergleich mit den USA zeigt jedoch, dass der Begriff der Funktion die Ausübung von Staatsgewalt und den Freiheitsgebrauch nicht trennscharf zu unterscheiden vermag. In Übersee soll die Figur der *state action* die Frage beantworten, wen die Verfassung bindet. Der Begriff entstammt, wie wir gesehen haben, dem Vierzehnten Amendment zur U.S.-amerikanischen Bundesverfassung. Danach gilt, dass „no State“ bestimmte Gesetze erlassen oder ausführen darf, und dass kein „State“ eine Person des Lebens, der Freiheit oder des Eigentums berauben oder ihr den gleichen Schutz der Gesetze verweigern darf. Dabei ist aus dem Herkunftsort des Begriffs, dem Vierzehnten Amendment, nicht zu schließen, dass die Figur nur im Rahmen dieser Bestimmung ihre Bedeutung haben soll. Im Gegenteil entfaltet das Konzept seine Geltung mit Blick auf die gesamte Bundesverfassung samt den Grundrechten.²⁸⁹ Der Begriff *state action* bezieht sich zudem nicht nur auf die *states*, die Bundesstaaten, sondern zugleich auch auf die Bundesstaatsgewalt wie auf die Gemeinden.²⁹⁰

Der *U.S. Supreme Court* hat das Merkmal der *state action*, obwohl aus unserer Perspektive dazu Anlass bestanden hätte, in den Fällen zum Volksgesetzgebungsrecht nicht diskutiert. Aussagen des Gerichts zum Begriff finden sich aber in anderen Bereichen. Erstmals hat das Gericht eine Konkretisierung in den sog. *Civil Rights Cases* aus dem Jahre 1883 vorgenommen.²⁹¹ Seitdem ist die Dichotomie

„between deprivation by the State, ... and private conduct ... against which the Fourteenth Amendment offers no shield“²⁹²

etabliert; sie gilt, wie hierzulande, als „central principle of constitutional law“.²⁹³ Es besteht Einigkeit, dass das Vierzehnte Amendment nur dem Staat, nicht den Bürgern, verbietet, Bürger ungleich zu behandeln.²⁹⁴ U.S.-amerikanisches wie

²⁸⁷ BVerfGE 96, 231 (240 f.) (sub B.II.1.c).

²⁸⁸ BVerfGE 96, 231 (244) (sub B.II.2.b).

²⁸⁹ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 385. Ein Beispiel für *state action* außerhalb des Vierzehnten Amendments liefert *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), wo es um das Erste Amendment ging.

²⁹⁰ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 385.

²⁹¹ 109 U.S. 3 (1883), vgl. *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554 f. (1875); *Virginia v. Rives*, 100 U.S. 313, 318 (1879). Bei den *Civil Rights Cases* ging es allerdings um die *state action* des Absatzes 1 des Vierzehnten Amendments der Bundesverfassung aus der besonderen Perspektive des darauf bezogenen Kompetenztitels des Bundesgesetzgebers aus Absatz 5 der Vorschrift. Die restriktive Interpretation der bundesstaatlichen Kompetenzen wurde später aufgegeben, vgl. etwa *United States v. Guest*, 383 U.S. 745 (1966).

²⁹² *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 349 (1974).

²⁹³ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 387.

²⁹⁴ *Currie*, AöR 111 (1986), S. 230 (248). Vgl. *Nowak/Rotunda*, Constitutional Law, S. 502, 632 f.; *Tribe*, Constitutional Law, S. 1688.

deutsches Verfassungsrecht gehen damit beide von dem Grundsatz aus, dass die Verfassung nur die Staatsgewalt binde.

Übereinstimmung besteht ferner darin, dass von dieser Regel jene Ausnahmen anzuerkennen sind, die der Verfassungstext vorsieht. Das Dreizehnte Amendment der amerikanischen Bundesverfassung verbietet die Sklaverei. Diese Vorschrift richtet sich unmittelbar an Private, denn es waren Private, die Sklaven hielten. Während die deutsche Dogmatik aus einer Bestimmung im Grundrechtsteil der Verfassung, die Private bindet (Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG), im Umkehrschluss folgert, dass Grundrechte im Übrigen gegenüber Privaten nicht wirken,²⁹⁵ wird in den USA die Parallelbestimmung des Dreizehnten Amendments gerade nicht als abschließend begriffen. Im Gegenteil berichtet etwa Chemerinsky über zahlreiche weitere „exceptions“ zur Regel der *state action*, über Situationen also, in denen die Verfassung auf privates Verhalten Anwendung findet.²⁹⁶ Die Kriterien, wann privates Verhalten ausnahmsweise doch an der Verfassung zu messen ist, sind strittig.

Eine der Theorien, die der *U.S. Supreme Court* zur Anwendung gebracht hat, stellt darauf ab, ob der Private eine „*public function*“ wahrnimmt. Sie entstammt der abweichenden Meinung des Richters Harlan aus den bereits erwähnten *Civil Rights Cases*. Dort schreibt der Richter, dass nicht nur „states, their officers and agents“ an die Vorgaben des Vierzehnten Amendments gebunden werden könnten, sondern mindestens auch „such individuals and corporations as exercise public functions ...“.²⁹⁷

Ein neueres Beispiel für die *public function*-Analyse liefert der Fall *Marsh v. Alabama*, auch bekannt als *company town case*. Grace Marsh, eine Zeugin Jehovas, war wegen Hausfriedensbruchs (*trespassing*) verurteilt worden, weil sie in Chickasaw, Alabama, ohne Erlaubnis religiöse Pamphlete verteilt hatte. Freilich stand das Gelände, auf dem das geschah, wie der gesamte Ort im Eigentum einer privaten Firma. Der Richter Hugo Black führte für die Mehrheit des *U.S. Supreme Court* aus, dass die Handlung, für die Marsh bestraft worden war, in einer gewöhnlichen Gemeinde wegen der Religionsgarantien des Ersten Amendments strafflos gewesen wäre. Dass der Ort nun im Eigentum einer privaten Firma stehe, rechtfertige es nicht, das öffentliche Interesse an der Kommunikation in der Gemeinschaft zu beeinträchtigen. Black schreibt:

„The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it. ... [T]hese facilities are built and operated primarily to benefit the public and ... their operation is essentially a public function ...“.²⁹⁸

²⁹⁵ Siehe oben S. 99, bei Fn. 150.

²⁹⁶ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 387 („situations where private conduct has to comply with the Constitution“).

²⁹⁷ 109 U.S. 3, 36 (1883).

²⁹⁸ 326 U.S. 501, 506 (1946). Zu entsprechenden Privatisierungstendenzen hierzulande vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 1 Rn. 37.

Dem Bundesverfassungsgericht könnte es, dem Zitat aus *Marsh* entsprechend, bei seiner funktionalen Analyse darauf angekommen sein, ob die Bürgerinnen und Bürger bei der Teilnahme am Volksgesetzgebungsverfahren eine staatliche Funktion wahrnehmen. Doch wie die staatlichen Funktionen zu bestimmen sind, gibt das Kriterium selbst nicht vor, und auch das Bundesverfassungsgericht enthält sich weiterer Hinweise. Auch so steht aber fest, dass der Begriff *public function* zu vage ist, als dass er als entscheidungsdeterminierendes Kriterium taugen könnte. Das macht im Rechtsvergleich die Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* samt ihrer Änderungen anschaulich.

Was unter *public function* zu verstehen ist, hat der *U.S. Supreme Court* wechselhaft beurteilt. Im Jahre 1968 hatte das Gericht zu entscheiden, ob das in *Marsh v. Alabama* für den *company town* Gesagte auch für die Einkaufszentren vor den Toren der Stadt gelte, die nach und nach die Geschäftszeilen im Stadtkern ablösen. Diese Frage hatte das Gericht zunächst noch bejaht, weil das Einkaufszentrum „clearly the functional equivalent of the business district of Chickasaw“ sei.²⁹⁹ Nicht viel später, 1976, hielten die Richter dann, unter demselben Maßstab der *public function*, das Gegenteil für richtig.³⁰⁰ Eine *public function* sollen zwar Stadtparks und die Feuerwehr,³⁰¹ nicht aber Energieversorgungsunternehmen,³⁰² Ärzte, Optiker, Rechtsanwälte oder der öffentliche Personennahverkehr³⁰³ erfüllen. Selbst wo Einigkeit über den Prüfungsmaßstab besteht, herrscht Zwietracht darüber, was ihm unterfällt. Als ein Warenhausbetreiber sein Zurückbehaltungsrecht ausübte, hielten der Kläger und eine Minderheit der Richter das für eine *public function*, weil es letztlich darum gehe, Streitigkeiten zwischen Privaten zu befrieden.³⁰⁴ Der „nonconsensual transfer of property rights“ stelle eine Funktion

²⁹⁹ *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308, 318 (1968). Es ist erstaunlich, dass die Funktionengleichheit danach nicht mehr zwischen dem privaten Verhalten und dem öffentlichen Verhalten (hier: dem Betreiben des Einkaufszentrums) bestehen muss. Vielmehr stellt die Entscheidung ab auf die Funktionengleichheit zwischen dem Chickasaw *company town* und dem Einkaufszentrum. Das ist wohl dem Fallrecht geschuldet, das nach dem Präzedenzfall sucht, und mag immerhin die mathematische Erkenntnis für sich in Anspruch nehmen, dass, wenn zwei Größen einer dritten gleichen, sie auch untereinander gleich sind.

³⁰⁰ *Hudgens v. N.L.R.B.* 424 U.S. 507 (1976), vgl. auch *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972). Nachdem es in *Lloyd*, a. a. O., S. 558 ff., darum gegangen war zu begründen, warum *Logan Valley*, oben Fn. 299, kein Präzedenzfall sei, hat *Hudgens*, a. a. O., dann schlicht behauptet, dass bereits *Lloyd* die Entscheidung aus *Logan Valley* aufgehoben hätte, vgl. *Sullivan / Gunther*, Constitutional Law, S. 873.

³⁰¹ „The service rendered even by a private park of this character is municipal in nature. ... A park ... is more like a fire department or a police department that traditionally serves the community. Mass recreation through the use of parks is plainly in the public domain ...“, *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 301 f. (1966).

³⁰² *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 352 f. (1974).

³⁰³ *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 352 ff. (1974) (obiter dictum).

³⁰⁴ *Flagg Bros. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 157 (1978). Zum Parallelproblem, ob der Gerichtsvollzieher dem Vollstreckungsschuldner privatrechtlich im Auftrag des Vollstreckungs-

des Souveräns dar.³⁰⁵ Die Gerichtsmehrheit hielt dem entgegen, dass die in Rede stehende Funktion keine exklusive Funktion des Staates, keine „exclusive prerogative of the sovereign“ gewesen sei.³⁰⁶

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der *U.S. Supreme Court* in über hundert Jahren Rechtsprechung eine anerkannte, nachhaltige Definition der *public function* nicht zu etablieren vermochte. Die Wissenschaft hat dementsprechend die „inconsistencies“ der Rechtsprechung gerügt³⁰⁷ und ein „conceptual disaster“³⁰⁸ beklagt. Das Gericht selbst hat zugestanden, dass seine Entscheidungen kein „model of consistency“ gewesen seien.³⁰⁹ Noch deutlichere Worte fand eines Richters abweichende Meinung, welche die Funktionsanalyse als „vague“ und „amorphous“ bezeichnet hat.³¹⁰ So überrascht es nicht, dass das Gericht neben der Funktionsanalyse noch ganz andere Wege beschreitet, um *state action* zu definieren.³¹¹

Versucht man trotzdem, die Ansätze des *U.S. Supreme Court* zu übertragen, erweisen sie sich auch hier als untauglich. Versteht man die Funktionsanalyse des Bundesverfassungsgerichts dahin gehend, dass die Aufgabe im öffentlichen Interesse liegen muss („affected with a public interest“³¹²), geht sie sicher zu weit. Dann üben auch Parteien, Gewerkschaften und Lobbyisten Staatsgewalt aus, weil sie – nicht anders als Bürger im Abstimmungskampf – an der Gesetzgebung mitwirken. Gleiches gilt für den Rechtsanwalt, immerhin „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO), und für die Privatschule, die sich funktionell von ihrem staatlichen Pendant nicht unterscheidet.³¹³

Doch genug mit dem „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“!³¹⁴ Was auch immer das Gericht mit dem Merkmal der „Funktion“ genau meint, fest steht, dass es das Kriterium nicht aus dem geltenden Recht heraus entwickelt hat. Dem Ge-

gläubigers oder öffentlich-rechtlich als Organ des eingreifenden Staates gegenüber tritt, vgl. nur RGZ 82, 85 ff.; *Lippross*, Vollstreckungsrecht, Rn. 9, 29, 174 f., 191 m. w. N.

³⁰⁵ *Flagg Bros. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 171 f. (1978).

³⁰⁶ *Flagg Bros. v. Brooks*, 436 U.S. 149, 160 (1978).

³⁰⁷ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 395 f.

³⁰⁸ *Black*, Harv. L.Rev. Bd. 81 (1967), S. 69 (95).

³⁰⁹ *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 632 (1991).

³¹⁰ Richter *Harlan*, in: *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 322 (1966).

³¹¹ *Chemerinsky*, Constitutional Law, S. 403 ff., diskutiert die „entanglement exception“; *Alexander / Horton*, Whom does the Constitution Command?, S. 772 (776 ff.), nennen drei Theorien des Gerichts namens „pretense of authority“, „agency“, „abuse of authority“ (jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

³¹² Vgl. *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 352 ff. (1974) mit Verweis auf *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

³¹³ Dagegen hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Rechtsbeziehungen zwischen der Privatschule und ihren Schülern zu Recht dem Privatrecht zugeordnet, vgl. NVwZ 1982, S. 562 (563).

³¹⁴ *Schlink*, Der Staat 28 (1989), S. 161 (163).

richt liegen die Unterscheidungen zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen subjektivem Recht und Kompetenz ganz offenkundig am Herzen. Das ist zu begrüßen, dienen diese Unterscheidungen, vom geltenden Recht vorgegeben, doch letztlich dem Schutz der Freiheit. Auf die Integrität der Unterscheidungen legt das Bundesverfassungsgericht dabei jedoch so viel Wert, dass es glaubt, darauf verzichten zu können, sein Ergebnis methodengerecht herzuleiten. Es scheint, dass das Gericht eher bereit war, die Rationalität der Auslegung als die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufzugeben. Dass es beides hätte haben können, hat diese Abhandlung zu zeigen versucht.

Fünfter Teil

Konsequenzen: Verfahrens- und Prozessrecht

Erstes Kapitel

Spielräume bei der Setzung von Volksgesetzgebungsrecht

Den Schlüssen, die aus dem bisher Gesagten für das Verfahrens- und Prozessrecht zu ziehen sind, gilt dieser Teil. Die Perspektive wird dabei etwas erweitert, weil nicht alle Konsequenzen, die im Folgenden erörtert werden, im strengen Sinn aus der Grundrechtsgeltung folgen und daher unter dem Titel dieser Abhandlung zu erwarten gewesen wären. Sie ergeben sich aber unmittelbar aus der gewonnenen Abgrenzung, sind sozusagen gelegentlich der entwickelten Ergebnisse abgefallen und sollen daher auch behandelt werden. Zugleich muss es dabei bleiben, dass eine an Grundsätzlichem interessierte und zum Grundgesetz geschriebene Abhandlung nicht das Landesverfassungsrecht, das Kommunalverfassungsrecht sowie die Ausführungsgesetze der sechzehn Länder zu kommentieren braucht.

Dass das Grundgesetz die Rechtsverhältnisse des Volksgesetzgebungsverfahrens in grundrechtliche und kompetenzielle unterteilt, beeinflusst, innerhalb welcher Grenzen der grundgesetzgebundene Gesetzgeber das Volksgesetzgebungsverfahren ausgestalten darf. Tritt der Bürger der Verwaltung grundrechtsberechtigt gegenüber, handelt es sich um ein klassisches Außenrechtsverhältnis, so dass die verfassungsrechtlichen Garantien ohne weiteres und ungeschmälert greifen. Daher gelten der Vorbehalt des Gesetzes, der auf wesentliche, insbesondere grundrechtsrelevante Maßnahmen beschränkt ist,¹ das Übermaßverbot² sowie der Grundrechtsschutz

¹ Dieses Regime gilt nämlich – außerhalb des institutionellen Gesetzesvorbehalts – nicht im innerstaatlichen Verhältnis, siehe *Pieroth*, in: Festschrift K. Ipsen, S. 755 (763 f.), und ist bislang in der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts ohnehin ausschließlich im Bereich der Grundrechte zum Einsatz gekommen, vgl. *Pieroth*, a. a. O., S. 755 (760 f.).

² Das Bundesverfassungsgericht beschränkt den Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips in BVerfGE 81, 310 (338) auf das Staat-Bürger-Verhältnis, vgl. *Stern*, Staatsrecht Bd. III/2, § 84 III 1 b (S. 787 f.) m. w. N. Die Literatur geht gleichfalls davon aus, dass der Grundsatz im Verhältnis verschiedener Staatsorgane allenfalls dann zum Tragen kommt, wenn einem Staatsorgan ein subjektives Recht (und nicht nur eine Kompetenz) eingeräumt ist, so *Jarass*, in: ders./*Pieroth*, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 82; *Schulze-Fielitz*, in:

durch Verfahren³ (aus dem Hinweispflichten⁴ und Anhörungsrechte⁵ folgen können). Schließlich greifen Art. 19 Abs. 4 GG, der den Rechtsweg zu den Gerichten garantiert, und Art. 34 GG, der Schadensersatzansprüche vorsieht.

Ist der Bürger dagegen als Träger von Staatsgewalt betroffen, handelt es sich um ein Organisationsrechtsverhältnis. Damit entfallen die soeben erwähnten Verfahrensrechte, sofern sie ausschließlich aus den Grundrechten folgen. Prozessrechtlich garantiert Art. 19 Abs. 4 GG nichts, wenn sich zwei Träger von Staatsgewalt gegenüberstehen, weil die Vorschrift die Verletzung „in seinen Rechten“, also in subjektiven Rechten, zur Voraussetzung macht.⁶ Haftungsrechtlich finden Ansprüche eines Trägers von Staatsgewalt gegen einen anderen Träger von Staatsgewalt keinen Schutz in Art. 34 S. 1 GG, weil der dort enthaltene Verweis auf Dritte ein Außenrechtsverhältnis voraussetzt.

Das Grundgesetz macht den verschiedenen Gesetzgebern verschieden enge Vorgaben. Führt der Bund die Volksgesetzgebung ein, indem er – wie erwogen⁷ – das Grundgesetz ändert, hat der (verfassungsändernde) Gesetzgeber inhaltlich lediglich die Vorgaben aus Art. 79 Abs. 3 GG zu beachten. Danach dürfen die Grundsätze der Art. 1 und 20 GG nicht berührt werden. Gerade diese beiden Vorschriften sind es nun, die der Grundlagenteil dieser Schrift als maßgebend zu erweisen suchte. In Art. 1 Abs. 3 GG ist der Begriff der Gesetzgebung normiert. Dieses Merkmal war insbesondere mit Blick auf den in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG enthaltenen Begriff der Abstimmung auszulegen. So folgte allein aus diesen beiden Vorschriften, dass die

H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip) Rn. 176; ähnlich *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 146 f. (Regel / Ausnahme). A.A. *Sommermann*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, Grundgesetz, Art. 20, Rn. 308 (bei rechtlich besonders geschützten Kompetenzsphären).

³ Zum Grundrechtsschutz durch Verfahren vgl. BVerfGE 53, 30 ff.; 63, 131 (143); 69, 315 (355 f.); *Diemert*, Innenrechtsschutz, S. 396 ff.; *Ehlers*, in: Erichsen / Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 21; *Gostomzyk*, JuS 2004, S. 949 (951 f.); *Hesse*, EuGRZ 1978, S. 427 (434 ff.); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 67 ff., 390 ff.

⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat etwa anerkannt, dass Art. 12 Abs. 1 GG dazu zwingt, öffentliche Stellen auszuscheiden, vgl. BVerfGE 73, 280 (296), und dass Art. 33 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG dazu führe, dass die unterlegenen Konkurrenten (zur Ermöglichung eines gerichtlichen Rechtsschutzes) vor der Vergabe einer Beamtenstelle zu benachrichtigen seien, vgl. BVerfG-K, NJW 1990, S. 501 (501).

⁵ Die Frage, ob die Grundrechte gelten, hat ihre Bedeutung für das Anhörungsrecht selbst dann, wenn dieses Recht ausschließlich aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten sein sollte (vgl. BVerfG, NVwZ 1982, S. 367 (367)). Denn das Recht entfaltet im innerstaatlichen Bereich sicher schwächere Wirkung als in einem grundrechtlich geschützten Rechtsverhältnis.

⁶ BVerwG, NJW 1985, S. 2346 (2347); *Bethge*, NJW 1975, S. 77 (77); *Ehlers*, NVwZ 1990, S. 105 (106); *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (232); *Schoch*, JuS 1987, S. 783 (789); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Art. 19 Abs. 4 Rn. 64.

⁷ Siehe oben S. 27, Fn. 8. Dass eine Anreicherung des Grundgesetzes um Elemente direkter Demokratie nicht durch Art. 79 Abs. 3 GG ausgeschlossen ist, vertritt die „ganz h. M.“ (*H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 20 (Demokratie) Rn. 100 Fn. 266 m. w. N.).

Abstimmung im engeren Sinne, die Stimmabgabe, (grundrechtsgebundene) Ausübung von Staatsgewalt darstellt. Diese Rechtsfolge unterliegt daher der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG. Dagegen hat erst der Abgleich mit Art. 76 ff. GG ergeben, welche Verfahrensschritte die Abstimmung im weiteren Sinne erfasst. Die aus diesem Abgleich gefolgerten Ergebnisse stehen also zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers. Er kann das Gesetzgebungsverfahren im Bundestag ändern (und damit mittelbar auch das Volksgesetzgebungsverfahren betreffen) oder die Reichweite der Grundrechtsgeltung im Volksgesetzgebungsverfahren ausdrücklich regeln.

Handelt ein grundgesetzgebender Gesetzgeber, also der (einfache) Bundesgesetzgeber oder der Landesgesetzgeber, sind die Vorgaben des Grundgesetzes enger. Gemäß Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG gilt das Grundgesetz ohne Einschränkungen, wenn der Landesgesetzgeber das Volksgesetzgebungsverfahren in Ländern und Kommunen regelt⁸ sowie wenn der Bundesgesetzgeber ein Volksgesetzgebungsverfahren durch einfaches Bundesrecht einführen wollte.⁹ Aus der Perspektive des grundrechtsberechtigten Bürgers ist klar, dass der grundgesetzgebundene Gesetzgeber die Reichweite der Grundrechtsberechtigung nicht zu schmälern vermag. Allenfalls in einzelne Grundrechte darf er, sofern verfassungsrechtlich gerechtfertigt, eingreifen. Genauso ist grundgesetzlich vorgegeben, inwieweit bei der Landesvolksgesetzgebung grundrechtsgebundene Kompetenzen ausgeübt werden. In Art. 20 Abs. 2 GG meint – wie gesehen – der Begriff des Volks wohl auch das Landesvolk und das (Teil-)Volk in den Kommunen,¹⁰ und Staatsgewalt bezeichnet die Landesstaatsgewalt einschließlich der von den Kommunen ausgeübten Staatsgewalt¹¹.

Diesem Befund steht insbesondere Art. 28 GG nicht entgegen. Diese Vorschrift will die Verfassungs- und Grundrechtsbindung aus Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG nicht relativieren, sondern zusätzliche Vorgaben für die „verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern“ (Abs. 1 S. 1) machen. Diese Vorgaben betreffen insbesondere das Organisationsrecht der Landes- und der Kommunalverfassung. Die zusätzlichen Vorgaben des Art. 28 GG sind zudem in ihrer Reichweite beschränkt.

⁸ Gleichviel, ob als Landesgesetzgeber das Parlament oder das Volk agiert, das das Volksgesetzgebungsverfahren auch per Volksgesetzgebung ändern kann.

⁹ Siehe oben S. 27, Fn. 8. Es ist umstritten, ob Volksgesetzgebung auf Bundesebene nur durch Verfassungsänderung (so der Verfassungsvorbehalt der herrschenden Meinung, etwa v. *Danwitz*, DÖV 1992, S. 601 (602); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 20 Rn. 101; *Herzog*, in: Maunz / Dürig, Grundgesetz, Art. 20 II Rn. 43 ff. (Stand: Juni 1978); *Krause*, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 39 Rn. 16; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 32) oder auch durch einfache Bundesgesetzgebung eingeführt werden kann (so *Jürgens*, Direkte Demokratie, S. 286 f.; *Hans Meyer*, VVDStRL 33 (1975), S. 69 (115); *Pestalozza*, Populärvorbehalt, S. 11 ff.).

¹⁰ Siehe oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 1 B. I.

¹¹ Es ist dementsprechend allgemein anerkannt, dass die Kommunen staatsorganisatorisch Landesstaatsgewalt ausüben, siehe BVerfGE 22, 180 (210); *Pieroth*, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 10, Art. 30 Rn. 6.

Wenn die Landesverfassung demokratischen „Grundsätzen“ genügen muss, haben die Länder Demokratie nicht exakt so auszugestalten, wie das Grundgesetz es getan hat. Aus diesem Grund allein konnten die Länder die Volksgesetzgebung, obwohl das Grundgesetz dieses Gesetzgebungsverfahren nicht kennt, überhaupt erst einführen. Die Reichweite der Grundrechtsgeltung in Ländern und Kommunen will Art. 28 Abs. 1 GG nicht verringern. Für diese Frage bleibt allein Art. 1 Abs. 3 GG maßgebend.

Dem grundgesetzgebundenen Gesetzgeber ist also bei der Setzung von Volksgesetzgebungsrecht nicht nur vorgegeben, wie weit Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung reichen, sondern, noch vorgelagert, wo der Freiheitsgebrauch beginnt. Damit ist zugleich festgelegt, wo die Landesstaatsgewaltsausübung endet.¹² Dort, wo die Bürger grundrechtsberechtigt handeln, muss der Gesetzgeber Eingriffe in den Schutzbereich durch der Grundrechte Schranken und vor der Grundrechte Schranken-Schranken rechtfertigen. Dort aber, wo Landesstaatsgewalt ausgeübt wird, greifen diese Rechtfertigungsanforderungen nicht, und der Spielraum des Gesetzgebers wächst.

Auf Landesebene ist es erst das Landesrecht, nicht schon das Grundgesetz, das dem Landesvolk das Volksgesetzgebungsverfahren zur Verfügung stellt und damit die Kompetenz gewährt, Landesrecht oder Kommunalrecht zu setzen. Ohne eine landesrechtliche Regelung kann es ein Volksgesetzgebungsverfahren in den Ländern nicht geben;¹³ grundgesetzlich ist der Landesgesetzgeber nichtmals dazu verpflichtet, die Volksgesetzgebung einzuführen. Daher ist Träger der Kompetenz-Kompetenz nicht der Bundes-, sondern der Landesgesetzgeber. Ihm obliegt also auch die Entscheidung, ausnahmsweise die Delegation der Kompetenz zu gestatten oder von der Pflicht zu dispensieren, die Kompetenz zu gebrauchen.¹⁴ Das bedeutet: Hat der Landesgesetzgeber keine Ausnahmen vorgesehen, bleibt es bei den (grundgesetzlichen) Grundsätzen des Delegationsverbots und der Wahrnehmungspflicht. Die dritte Konsequenz, die Gemeinwohlbindung staatlicher Gewalt, vermag dagegen kein Gesetzgeber aufzuheben: Das Gemeinwohl ist aller staatlichen Gewalt als Ziel vorgegeben.¹⁴ Dem Landesgesetzgeber kommt jedoch auch in diesem Zusammenhang Spielraum zu: Er kann das Verfahren festlegen, mittels dessen der Inhalt des Gemeinwohls zu bestimmen ist.

¹² Die folgenden Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für eine allfällige, einfach-gesetzlich eingeräumte Bundesvolksgesetzgebung.

¹³ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass ein Recht auf Teilnahme am Volksentscheid nach Art. 29 Abs. 3 GG erst entstehe, nachdem der Bundesgesetzgeber das dort vorgesehene Neugliederungsgesetz beschlossen hat, BVerfGE 13, 54 (55, Ls. 7).

¹⁴ Zu diesen Vorgaben, die für alle Kompetenzen gelten, vgl. oben Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B.

Zweites Kapitel

Verfahrensrecht**§ 1 Verfahrensrechtliche Abstimmungsgrundsätze**

Folgend gilt es herauszuarbeiten, welche verfahrensrechtlichen Grundsätze bei Abstimmungen im Rahmen von Volksgesetzgebung greifen. Dabei wäre es vorzuziehen, ohne weiteres die Geltung der Wahlrechtsgrundsätze der Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit, Gleichheit und Geheimtheit anzunehmen, die Art. 28 Abs. 1 S. 2 und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG vorschreiben. Ob diese Grundsätze auch für Abstimmungen gelten, bedarf vielmehr eigener Begründung.¹⁵

A. Freiheit der Abstimmung?

Der Freiheit der Wahl werden üblicherweise vier Garantien entnommen. Erstens, dass das Ob der Wahl frei ist, es also eine Wahlbeteiligungspflicht nicht geben darf.¹⁶ Zweitens, dass das Wen der Wahl frei ist, dass mithin mehrere Vorschläge zur Auswahl stehen müssen.¹⁷ Drittens, dass das Wie der Wahl frei ist, dass also jeder Wähler sein Wahlrecht ohne äußeren Zwang ausüben kann.¹⁸ Und viertens, dass der Wähler seine Entscheidung nach selbst gesetzten Maßstäben treffen darf.¹⁹

I. Abstimmungspflicht

Ob den Stimmberechtigten die Pflicht trifft, an der Abstimmung teilzunehmen, hängt im Ausgangspunkt davon ab, ob die Berechtigung, an der Abstimmung teilzunehmen, eine Kompetenz oder ein subjektives Recht darstellt. Grundsätzlich gilt, dass aus der Qualifikation des Abstimmungsrechts als Kompetenz folgt, dass die berechtigte Person verpflichtet ist, von ihrer Kompetenz auch Gebrauch zu machen.²⁰

¹⁵ Siehe dazu, dass Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG Wahlen und Abstimmungen beide, aber Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nur Wahlen nennt, bereits oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B. (S. 102 f.).

¹⁶ Siehe unten S. 138 mit Nachweisen dafür (Fn. 22) und dagegen (Fn. 23).

¹⁷ BVerfGE 47, 253 (283); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 9; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 1043.

¹⁸ BVerfGE 7, 63 (69); 44, 125 (139); 47, 253 (282); 95, 335 (350); *Bryde*, in: Brink/H. A. Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für v. Arnim, S. 679 (685); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 9; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 1043; *Roscheck*, Enthaltung, S. 51.

¹⁹ *Roscheck*, Enthaltung, S. 51. Dies impliziert der Begriff der Freiheit, vgl. oben Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B.

1. Abstimmungshandlung als Kompetenzausübung

Das Grundgesetz selbst räumt nach dem Gesagten die Berechtigung, an Abstimmungen teilzunehmen, nur für die Territorialplebiszite der Art. 29, 118 f. ein. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG lässt zwar das Institut der Abstimmung zu, aber führt nicht selbst die Abstimmung ein. Daher folgt die Berechtigung, an Bürger- und Volksentscheiden teilzunehmen, stets aus untergrundgesetzlichem (einfachem) Recht (samt Landesverfassungsrecht). Aber der einfach-rechtlichen Berechtigungsnorm ist gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG vorgegeben, dass Abstimmungen i.e.S. die Ausübung von Staatsgewalt darstellen. Der Bundesverfassung wegen erfolgt die Stimmabgabe bei Bürger- und bei Volksentscheiden daher als Ausübung von Staatsgewalt und damit kompetenziell. Deswegen greifen auch die Vorgaben, die das Grundgesetz für die Ausübung von Kompetenzen enthält. Von der Pflicht, die Berechtigung auch zu gebrauchen,²¹ hier also: abzustimmen, ist eine Ausnahme dann und nur dann zu machen, wenn die Berechtigung mit Dispens eingeräumt ist.

Die Kompetenz abzustimmen, gewährt das Landesrecht. Daher ist das Landesrecht daraufhin zu untersuchen, ob es von der Teilnahmepflicht dispensiert. Den Landesgesetzgeber könnte jedoch bei der Entscheidung, ob er bei Abstimmungen dispensiert, die grundgesetzliche Vorgabe treffen, dass er zu dispensieren hat. Vereinfacht gesprochen: Das Grundgesetz selbst könnte einen Dispens von der Abstimmungspflicht vorgesehen haben. Einen solchen Dispens normiert das Grundgesetz nicht ausdrücklich. Er könnte sich aber aus dem Grundsatz der Wahlfreiheit ergeben, den das Grundgesetz in den Art. 28 und 38 vorsieht und den das Bundesverfassungsgericht auf Abstimmungen analog anwendet.

2. Analogie zur Freiheit der Wahl?

Ein Dispens von der Abstimmungspflicht ergibt sich aus der analogen Anwendung des Grundsatzes der Wahlfreiheit, wenn die Wahlfreiheit eine Wahlpflicht ausschließt und die Voraussetzungen einer analogen Anwendung vorliegen. Die folgenden Ausführungen sind daher nicht nur für die bereits angesprochene Frage

²⁰ Siehe oben Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B. Mit Blick auf die Abgeordneten des Bundestages in diesem Sinne etwa *Steiger*, Grundlagen, S. 75; *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, § 73 III c 2 α (S. 38). Mit Blick auf die Abstimmung im Grundsatz ebenso, aber im Ergebnis gegenteilig *Roscheck*, Enthaltung, S. 33 f., 62, 95.

²¹ Siehe oben Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B. Zu *Pieroth*, AöR 114 (1989), S. 422 (436 f.; 448 ff.), vgl. oben Fn. 146 auf S. 63 f. Dort heißt es, dass Kompetenznormen eine Verpflichtung zum Tätigwerden „regelmäßig“ nur enthalten, wenn es sich um Exekutivkompetenzen, nicht um Gesetzgebungskompetenzen handelt. *Pieroth* schließt das aus den Art. 70 ff. GG. Das zeigt, dass Gesetzgebungskompetenzen des Bundes zum Erlass von Gesetzen gemeint sind, nicht aber jene Kompetenzen, die das Amt eines Abgeordneten mit sich bringt.

von Bedeutung, ob das Grundgesetz von der Abstimmungspflicht analog zur Wahlfreiheit dispensiert. Ihnen kommt außerdem für die Frage Bedeutung zu, ob der Landesgesetzgeber von der Abstimmungspflicht dispensiert hat. Überall dort nämlich, wo das Landesrecht zwar die Wahlfreiheit normiert, aber eine Abstimmungspflicht nicht anspricht, stellt sich die nämliche Frage, ob die landesrechtliche Wahlfreiheit per analogiam von der Abstimmungspflicht befreit. Sie ist weitgehend entsprechend den folgenden Ausführungen zu beantworten.

a) Wahlfreiheit als Gegensatz zur Wahlpflicht

Die Fragen, ob von Verfassungen wegen eine Wahlpflicht bestehe oder ob zumindest der einfache Gesetzgeber sie einführen könne, verneint die herrschende Meinung mit dem Argument, die Freiheit der Wahl garantiere auch die Freiheit, auf die Teilnahme an der Wahl zu verzichten.²² Demgegenüber folgert die andere Ansicht eine Wahlpflicht oder jedenfalls die Möglichkeit ihrer gesetzlichen Normierung aus der objektiv-rechtlichen Dimension des Wahlrechts in Art. 38 GG.²³ Dank neuerer Forschungen ist diese Abhandlung in der Lage, zu dem Streit die genetischen Argumente beizutragen. Seit Hans-Peter Schneider die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes groß angelegt dokumentiert,²⁴ sind viele Quellen zugänglich geworden, die vorher verschüttet waren. Zwar ist die Dokumentation noch nicht abgeschlossen und fehlt es insbesondere noch an den Bänden zu Art. 38 und Art. 28 GG. Doch schon jetzt lässt sich sagen, dass genetische Argumente gegen eine Wahlpflicht sprechen.

Schon sehr früh, in der dritten Sitzung des Grundsatzausschusses am 21. September 1948, wurde die Frage der Wahlpflicht diskutiert. Der Abgeordnete Wilhelm Heile von der Deutschen Partei schlug vor: „Man sollte von einer Pflicht zur Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte sprechen. Wir dürfen es nicht mehr hingehen lassen, daß jeder Feigling und Drückeberger zu Hause bleibt, nach dem

²² Für die herrschende Meinung stehen BVerfGE 102, 370 (398); BayVerfGHE 2 (1949), 181 (218); Engelken, DÖV 2002, S. 977 (979); Erichsen, Jura 1983, S. 635 (641); Frenz, ZRP 1994, S. 91 (94); Magiera, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 38 Rn. 85; Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 38 Rn. 83; Piero, in: Jarass/Piero, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 9; Piero/Schlink, Grundrechte, Rn. 1051 (Eingriff); Stern, Staatsrecht Bd. I, § 10 II 7 (S. 322 f.); Trute, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 2, Art. 38 Rn. 39; Weber-Fas, Staatslexikon, Stichwort Wahlpflicht, S. 564; wohl auch Schreiber, DÖV 2004, S. 354 (355).

²³ v. Mangoldt/Klein, Grundgesetz Bd. II, 2. Aufl. 1964, Art. 38 Anm. III 2 e (S. 881); Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 32 (Stand: Januar 1976); Merten, in: Festschrift f. Broermann, S. 301 (310 ff.); Roscheck, Enthaltung, S. 68; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 254; H.-P. Schneider, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 38 Rn. 66 (Stand: August 2002); Volkmann, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 29 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001); Zippelius, Allgemeine Staatslehre, § 24 I (S. 213), und wohl auch Kremser/Leisner, Staatsorganisation, § 9 Rn. 47. Vgl. Piero, JuS 1991, S. 89 (91).

²⁴ Oben S. 97, Fn. 140.

Motto: Wer die meiste Angst hat, bleibt weg.“ Darauf entgegnete Dr. Theodor Heuss (FDP), dass das die Normierung „eine Art Wahlpflicht“ sei. Heile fühlte sich recht verstanden: „Ja! Die Wahlpflicht ist die wichtigste Pflicht. Der Staat muß wissen, wie die Bevölkerung denkt. Der Feigling und Drückeberger muß hart angefaßt werden.“²⁵ Nicht viel später, am 13. Oktober desselben Jahres, präzisierte Heile sein Anliegen. Anlass war eine gemeinsame Sitzung des Organisationsausschusses und des Rechtspflegeausschusses, in der die Frage zu beraten war, ob Verfassungsänderungen einen Volksentscheid erfordern sollten.²⁶ Heile bedauerte die schwache Wahlbeteiligung und forderte unter Zustimmung von Abgeordneten der CDU,²⁷ dass man nicht zulassen dürfe, dass die Bevölkerung sich gegenüber den wichtigsten Angelegenheiten ihrer Existenz so gleichgültig verhalte. Man müsse ihr infolgedessen einen strafbewehrten Zwang auferlegen, „damit der Mensch auch seine Bürgerpflicht erfüllt.“²⁸

Demgegenüber betonten andere Abgeordnete, dass die „Staatsbürgerpflicht“ doch nur „eine moralische Pflicht“ sein solle „und nichts weiter.“²⁹ Entlang dieser Linie bezog der Abgeordnete Dr. Katz (SPD) klar Stellung: „Wir sollten in der freien Demokratie, die wir haben, auch die Freiheit bestehen lassen, daß einer sich an Wahlen oder am Referendum beteiligt oder nicht.“³⁰ Dasselbe Anliegen formulierte Dr. Dehler (FDP) in jener derben Art, für die er bekannt wurde: „Ich bin unbedingt gegen die Einführung des Wahlzwanges. Man kann niemanden zur Wahl zwingen. Am Ende zwingt man nur Idioten, die kein Urteil haben und echte politische Entscheidung nur verderben ... Wir brauchen nur nach Osten zu schauen, dann sehen wir, welche Bewandnis es mit der Wahlpflicht hat.“³¹ Schließlich hat Dr. Löwenthal (SPD) dieselbe Position gediegener formuliert: „Natürlich kann man das nicht erzwingen. Die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte in der Demokratie ist ein nobile officium und kann nicht mit Paragraphen erzwungen werden, womöglich mit Geldstrafen.“³²

²⁵ Alle Zitate Parlamentarischer Rat, Grundsatzausschuss, Sten. Prot. der 3. Sitzung vom 21. 9. 1948, S. 55, zitiert nach H.-P. Schneider (Hrsg.), Dokumentation Bd. 10, S. 236. Heile erklärte zugleich (a. a. O., vgl. auch S. 246), wie die Wahlpflicht durchgesetzt werden könnte: „Man braucht nur z. B. bestimmen, daß der, der seiner Wahlpflicht nicht nachgekommen ist, höhere, am besten gleich doppelte Einkommensteuer zu zahlen hat. Das wäre ein heilsamer und wirksamer Zwang.“

²⁶ PR, Organisationsausschuss, kombiniert mit dem Rechtspflegeausschuss, Sten. Prot. der 13. Sitzung vom 13. 10. 1948, S. 70, abgedruckt bei H.-P. Schneider (Hrsg.), Dokumentation Bd. 10, Art. 33 Abs. 1, Dokument Nr. 24, S. 246 ff. (246).

²⁷ Dr. Lehr; PR, a. a. O., Art. 33 Abs. 1, Dokument Nr. 24, S. 246 ff. (246 f.); Walter; PR, a. a. O., Art. 33 Abs. 1, Dokument Nr. 24, S. 246 ff. (248).

²⁸ PR, a. a. O., Art. 33 Abs. 1, Dokument Nr. 24, S. 246 ff. (246).

²⁹ Dr. Greve (SPD), PR, a. a. O., Art. 33 Abs. 1, Dokument Nr. 24, S. 246 ff. (247).

³⁰ Dr. Katz (SPD), a. a. O.

³¹ PR, a. a. O., Art. 33 Abs. 1, Dokument Nr. 24, S. 246 ff. (249).

³² PR, a. a. O., Art. 33 Abs. 1, Dokument Nr. 24, S. 246 ff. (249).

Die Debatte kam also zu dem Ergebnis, dass es keine Rechtspflicht, sondern nur eine als moralisch gedachte, „demokratische Pflicht“ zur Stimmabgabe geben sollte,³³ weder gesetzlich vorgesehen noch mit Sanktionen bewehrt, sondern – wie es in der Literatur heißt – allein „aus Liebe zur Demokratie“ zu erfüllen.³⁴ Der Parlamentarische Rat hat bewusst davon abgesehen, eine Wahlpflicht von Verfassungen wegen einzuführen. Außerdem sind die Quellen wohl so zu verstehen, dass sich die verfassunggebende Versammlung auch gegen eine Wahlpflicht kraft einfachen Rechts entschieden hat. Dafür sprechen jedenfalls die Verweise auf „Paragrafen“,³⁵ womit nicht die Vorschriften der Verfassung gemeint sein können, und auf die strafrechtlichen Sanktionen,³⁶ die sich gleichfalls auf das (einfache) Strafrecht beziehen dürften. Damit bestätigen die nun zugänglichen genetischen Argumente die herrschende Meinung: Das Grundgesetz setzt der Wahlpflicht in Art. 28 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 die „Freiheit“³⁷ der Wahl entgegen.

b) Voraussetzungen der Analogie

Den Grundsatz der Freiheit der Wahl normiert das Grundgesetz in Art. 38 Abs. 1 S. 1 und in Art. 28 Abs. 1 S. 2. Rechtsprechung und Literatur gehen nach soweit ersichtlich unbestrittener Auffassung davon aus, dass die Wahlrechtsgrundsätze (einschließlich der Wahlfreiheit) auch für Volksabstimmungen gelten.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat schon früh, in einem Urteil des Jahres 1961, am Rande bemerkt, dass die „Stimmrechtsgrundsätze“ des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auch bei der Abstimmung im Volksentscheid nach Art. 29 Abs. 3 GG gelten müs-

³³ Vgl. Parlamentarischer Rat, Grundsatzausschuss, Sten. Prot. der 34. Sitzung vom 26. 1. 1949, S. 4 ff. (45), zitiert nach H.-P. Schneider (Hrsg.), Dokumentation Bd. 9, S. 268. Selbst der Abgeordnete Heile sah das so. Er sah sich noch im Januar 1949 zu dem Hinweis veranlasst, dass eine gerade diskutierte Schwierigkeit entfielen, wäre man nur seiner „früher vorgebrachten Anregung“ gefolgt, „daß man bei allen Wahlen und Abstimmungen die Abstimmungspflicht“ einführt, vgl. PR, a. a. O., S. 268. Sein Vorschlag wurde erneut abgelehnt: Abg. Dr. Eberhard (SPD): „Aber doch nicht beim Volksbegehren die Pflicht, hinzugehen.“, PR, a. a. O., S. 268. Vgl. auch die Inbezugnahme durch den Abg. Dr. Bergsträsser (SPD) im Grundsatzausschuss: „Ich erinnere an die Ausführungen, die der Herr Kollege Heile mit Emphese über die Wahlpflicht gemacht hat. Ich bin absoluter Gegner der Wahlpflicht“ (Sten. Prot. der 26. Sitzung vom 30. 11. 1948, S. 18, abgedruckt bei H.-P. Schneider (Hrsg.), Dokumentation Bd. 10, S. 260). Vgl. schließlich zur Genese noch Roscheck, Enthaltung, S. 30 f.

³⁴ So Sendler, NJW 2002, S. 2611 (2611); Stober, NVwZ 1982, S. 473 (476). Mit Blick auf das Ergebnis der Beratungen a.A. Roscheck, Enthaltung, S. 36.

³⁵ Vgl. oben Abg. Dr. Löwenthal, bei Fn. 32.

³⁶ Vgl. oben Abg. Heile, bei Fn. 28, und Abg. Dr. Löwenthal, bei Fn. 32.

³⁷ Vgl. oben Abg. Dr. Katz, bei Fn. 30.

³⁸ BVerfGE 13, 54 (91 f.; obiter dictum); BVerfGE 28, 220 (224 f.; obiter dictum für Unmittelbarkeit, Freiheit, Geheimheit); BVerfGE 41, 1 (12). Vgl. auch BVerfGE 47, 253 (277); 60, 162 (167, 169: „für politische Wahlen und Abstimmungen“); zust. Erichsen, Jura 1983, S. 635 (635 f.); Pieroth, JuS 1991, S. 89 (91). Zur Abstimmungsfreiheit als Möglichkeit des Nichtgebrauchs vgl. außerdem Herrmann, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 123, 125.

sen.³⁹ Die Bemerkung hat es später wiederholt⁴⁰ und, auch in den rationes deciden- di, die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichheit der Wahl ausdrücklich für anwendbar erklärt, wenn Abstimmungen gemäß Art. 29 GG stattfinden.⁴¹ Dass die Wahlrechtsgrundsätze auch bei Bürger- und Volksentscheiden griffen, vertreten Verfassungsgerichte der Länder⁴² und Stimmen der Literatur.⁴³

Die Redeweise der Rechtsprechung, dass die Wahlgrundsätze „gelten“⁴⁴, verheimlicht den Geltungsgrund. Dabei sind mehrere Gründe denkbar. Zum einen könnten die Wahlrechtsgrundsätze analoge Anwendung finden. Um diesen Geltungsgrund zu begründen, wäre es erforderlich gewesen, die Voraussetzungen der Analogie zu benennen und zu prüfen, ob sie im Falle einer Volksabstimmung vorliegen. Zum andern könnten die Wahlrechtsgrundsätze aber auch als Ausprägung des Demokratieprinzips gelten. Dazu bedürfte es freilich der Erklärung, warum die Wahlrechtsgrundsätze in Art. 28, 38 GG Erwähnung finden neben einem Demokratieprinzip, das sie schon enthält.

Als das Bundesverfassungsgericht die Geltung der „Stimmrechtsgrundsätze“⁴⁵ des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auch bei Abstimmungen gemäß Art. 29 a.F. GG anordnete, hat das Gericht beide Geltungsgründe angesprochen. Zum einen ist das Bundesverfassungsgericht davon ausgegangen, dass die Grundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als „ungeschriebenes demokratisches Verfassungsrecht“ Wirkung

³⁹ BVerfGE 13, 54 (91; obiter dictum). Zum Wortlaut des Art. 29 zu dieser Zeit vgl. *A. Bauer/Jestaedt*, Grundgesetz, S. 241.

⁴⁰ BVerfGE 28, 220 (224); 41, 1 (12).

⁴¹ Für die Allgemeinheit und wohl auch die Gleichheit in BVerfGE 28, 220 (224 f.), vgl. ebenso BVerfGE 60, 162 (167, 169: „für politische Wahlen und Abstimmungen“, obiter dictum).

⁴² Der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin geht in seinem Beschluss vom 2. 4. 1996, LVfGE 4, 34 (38), davon aus, dass die Verfassung Berlins die Abstimmungsfreiheit als subjektives Recht positiviere.

⁴³ Statt vieler vgl. nur *Oebbecke*, BayVBl 1998, S. 641 (643 f.) m. w. N. Anderer Ansicht mögen manche Landesverfassungsgeber gewesen sein. Immerhin wurden die Grundsätze der Abstimmung oft eigens normiert (vgl. die Nachweise oben auf S. 40, Fn. 98) und nicht immer vollständig übernommen. So lässt Bayern die Freiheit außen vor (*By Vf Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 1*). Hessen garantiert in *Hs Vf Art. 72* nur die Abstimmungsfreiheit und das Abstimmungsgeheimnis. In Thüringen normiert *Th KO § 17 Abs. 7 S. 1* nur die Geheimheit der Abstimmung, vgl. aber *Th Vf Art. 46 Abs. 1*.

⁴⁴ So etwa BVerfGE 13, 54 (91); *Engelken*, DÖV 2002, S. 977 (978).

⁴⁵ BVerfGE 13, 54 (91). Es sei erlaubt darauf hinzuweisen, dass die Verwendung des Ausdrucks „Stimmrechtsgrundsätze“ die angestrebte Schlussfolgerung vorbereitet. Üblicherweise werden die Grundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als Wahlrechtsgrundsätze gekennzeichnet (*Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 38 vor Rn. 5). Wahlen und Abstimmungen stehen aber nebeneinander, vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Der Begriff der Wahlrechtsgrundsätze spricht vor diesem Hintergrund dagegen, die Grundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf Abstimmungen zu übertragen. Anders der Begriff der Stimmrechtsgrundsätze: Das Stimmrecht taugt als Oberbegriff für Wahlen und Abstimmungen, weil bei beiden eine Stimmabgabe erfolgt. Zur Rhetorik in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. grundsätzlich *Sobota*, JZ 1992, S. 231 ff.

entfalten.⁴⁶ Das spricht für den Weg über das Demokratieprinzip. Zum anderen hat das Gericht den Stimmrechtsgrundsätzen das Recht auf Teilnahme gegenübergestellt und dann bemerkt, dass dieses Recht auf Teilnahme nicht „analog“ zu den Wahlen behandelt werden könne.⁴⁷ Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass das Gericht (zwar nicht das Recht auf Teilnahme, aber doch) die gegenübergestellten Stimmrechtsgrundsätze „analog“ zu den Wahlen behandelt wissen will.

Die beiden Alternativen schließen sich gegenseitig aus. Die Analogie erfordert eine Regelungslücke.⁴⁸ Daran fehlt es, wenn sich bereits aus dem Demokratieprinzip ergibt, dass die Grundsätze gelten sollen. Ausgangspunkt der folgenden Prüfung ist die Analogie. Im Rahmen der Voraussetzung der Regelungslücke ist inzi- dent zu entscheiden, ob das Demokratieprinzip die Geltung des Grundsatzes bei der Abstimmung vorschreibt.

aa) Art. 28 GG statt Art. 38 GG

Für die analoge Anwendung auf die Abstimmung kommt nicht nur Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG,⁴⁹ sondern auch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG in Frage.⁵⁰ Wer die auf Abstimmungen anzuwendenden Wahlrechtsgrundsätze dem Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG entnimmt, vollführt eine doppelte Analogie. Denn die Vorschrift hat zur Tatbestandsvoraussetzung, dass „[d]ie Abgeordneten des Deutschen Bundestages gewählt werden.“ Die Vorschrift regelt also nicht bloß die Wahl anstelle der Abstimmung. Sie adressiert zudem die Bundestagswahl, also den Verfassungsraum des Bundes und nicht den der Länder oder der Kommunen, und findet daher auch keine Anwendungen auf Wahlen zu Landesparlamenten.⁵¹

Demgegenüber betrifft Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich die „Länder, Kreise und Gemeinden“. Zur Anwendung des Art. 28 GG ist also nur eine einfache Analogie nötig. Insbesondere auf die Interessengleichheit der Situationen im Verfassungsraum des Bundes im Vergleich zum Verfassungsraum der Länder und zum

⁴⁶ BVerfGE 13, 54 (91); 28, 220 (224); 49, 15 (17). Ebenso BVerwG, NVwZ 1986, S. 756 für die Geheimheit der Wahl. Vgl. schließlich BVerfGE 41, 1 (12) (lediglich „ungeschriebenes Verfassungsrecht“).

⁴⁷ BVerfGE 13, 54 (92). Diese Wendungen hat das Gericht in BVerfGE 28, 220 (224 f.) nicht wiederholt.

⁴⁸ BGH, NJW 2003, S. 1932 (1933); BGHZ 149, 165 (174); Ehlers, NVwZ 1990, S. 105 (107); Pieroth, Störung, Streik und Aussperrung, S. 249.

⁴⁹ Auf Art. 38 GG rekurren BVerfGE 13, 54 (91 f.); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 2. In BVerfGE 51, 222 (234) stützt sich das Gericht zugleich auf Art. 38 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG; ebenso BVerfGE 60, 162 (167), wo außerdem noch Art. 3 Abs. 1 GG hinzugezogen wird.

⁵⁰ Auf Art. 28 GG bezieht sich BVerwG, NVwZ 1986, S. 756.

⁵¹ Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. II, Art. 38 Rn. 60. Denn bloß als allgemeine Rechtsprinzipien und also gerade nicht kraft Art. 38 GG werden die Grundsätze auf die Wahlen zu anderen Volksvertretungen als dem Bundestag erstreckt, vgl. Magiera, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 38 Rn. 77.

„Kommunalverfassungsraum“ der Kreise und Gemeinden kommt es dann nicht mehr an. Es genügt vielmehr, die Interessengleichheit von Abstimmungen und Wahlen darzulegen. Daher ist, weil sachnäher, an Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG anzuknüpfen.^{51a}

bb) Regelungslücke

Die analoge Anwendung einer Vorschrift kommt nur in Frage, wenn der Sachverhalt, für den die Rechtsfolgen der Vorschrift greifen sollen, nicht geregelt ist.⁵² Das Demokratieprinzip darf die „Freiheit der Stimmabgabe“ (bei Wahlen und Abstimmungen) also nicht garantieren.

Für eine solche Garantie lässt sich nun nicht der Hinweis ins Feld führen, dass Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG Wahlen und Abstimmungen gleichberechtigt nebeneinander stellt. Denn Art. 20 Abs. 2 GG enthält gerade keine Garantie subjektiv-rechtlicher Freiheit, sondern regelt die (kompetenz-rechtliche) Ausübung von Staatsgewalt und spricht so, für sich betrachtet, bei Wahlen und Abstimmungen sogar für eine Ausübungspflicht.

Gegen eine Garantie der Abstimmungsfreiheit als Teil des Demokratieprinzips spricht, dass das Grundgesetz einen Unterfall der Freiheit der Stimmabgabe, nämlich die Freiheit der Wahl,⁵³ neben dem Demokratieprinzip einer eigenen, ausdrücklichen Regelung zugeführt hat: In Art. 28 Abs. 1 GG bindet Satz 1 der Vorschrift die Länder an den Grundsatz der Demokratie. Dann folgt Satz 2, der ausdrücklich anordnet, dass die Volksvertretung aus freien Wahlen hervorgegangen sein muss. Auch im Bund postuliert Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG das Demokratieprinzip; daneben hat der Grundsatz der Freiheit der Wahl in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG eigens Erwähnung gefunden. Der Verfassungsgeber ist also davon ausgegangen, dass es erforderlich ist, den Grundsatz der Wahlfreiheit neben dem Demokratieprinzip zu postulieren.⁵⁴ Darin unterscheidet sich das Grundgesetz ausdrücklich von seinem Vorgänger, der Weimarer Reichsverfassung, in der Art. 17 Abs. 1 S. 2 ohne den Grundsatz der Wahlfreiheit auskam.⁵⁵

Zum Zweiten gilt es, das Homogenitätsprinzip zu bedenken. Selbst wer meint, dass das Demokratieprinzip den Grundsatz der Abstimmungsfreiheit enthält, hat damit noch nicht gezeigt, dass dieser Grundsatz auch in den Ländern gilt. Denn ausweislich des Homogenitätsprinzips müssen die Länder die grundgesetzliche

^{51a} Der normative Anknüpfungspunkt zeitigt handfeste Konsequenzen für die Zuständigkeit der Bundes- bzw. der Landesverfassungsgerichtsbarkeit, siehe unten S. 179.

⁵² Siehe die Nachweise soeben in Fn. 48.

⁵³ Eine Stimmabgabe findet sowohl bei Wahlen als auch bei Abstimmungen statt. Zum Verhältnis der Begriffe vgl. oben S. 141, Fn. 45.

⁵⁴ A.A. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 6. Doch auch dort wird in Frage gestellt, ob etwa der Unmittelbarkeitsgrundsatz vom Demokratieprinzip vorgeschrieben wird.

⁵⁵ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 749 a. E., Rn. 478 (S. 260).

Ausgestaltung des Demokratieprinzips nicht kopieren. Es reicht aus, dass ihre verfassungsmäßige Ordnung „den Grundsätzen“ grundgesetzlicher Demokratie entspricht. Anerkanntermaßen besteht daher keine Bindung bei der Ausgestaltung im Einzelnen.⁵⁶ Dabei ist eine Pflicht zur Teilnahme an Wahlen mit dem Demokratiegedanken durchaus vereinbar. Es existieren nicht wenige demokratische Verfassungsstaaten, die eine Wahlpflicht vorgeben.⁵⁷ So haben Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Teilnahme an Wahlen zu einer teils strafbewehrten Pflicht gemacht. Das ist der Fall in Belgien (Art. 62 Abs. 3 S. 1 der Verfassung⁵⁸), Griechenland (Art. 51 Abs. 5 S. 1 der Verfassung⁵⁹) und Italien (Art. 48 Abs. 2 S. 2 der Verfassung⁶⁰).⁶¹ Eine Wahlpflicht ist auch möglich in den Ländern Österreichs.⁶² Dennoch hat bisher noch niemand vorgetragen, dass die Mitgliedstaaten durch ihre Wahlpflicht Art. 6 Abs. 1 EUV verletzen, der auf die Demokratie verpflichtet. Im Gegenteil: Dem Sekundärrecht lässt sich entnehmen, dass die Gemeinschaft selbst die Wahlpflicht für demokratisch hält.⁶³ Nichts anderes gilt für den Demokratiegedanken des Grundgesetzes. Nur deshalb konnte Baden-Württemberg eine Wahlpflicht normieren, ohne Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zu verletzen.⁶⁴ Auch der Parlamen-

⁵⁶ Maunz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 95 Rn. 3; Pieroth, ZParl 1995, S. 525 (525 f.); ders., in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 5.

⁵⁷ Vgl. Weber-Fas, Staatslexikon, Stichwort Wahlpflicht, S. 564.

⁵⁸ Art. 62 Abs. 3 S. 1 der koordinierten Verfassung Belgiens v. 17. 2. 1994, zuletzt geändert am 7. 5. 1999, lautet: „Die Stimmabgabe ist obligatorisch und geheim“, zitiert nach Alen, Föderalstaat Belgien, S. 64. Der Verfassung Belgiens kam bei der Einführung der Wahlpflicht im Gefolge der Einführung des allgemeinen Wahlrechts 1893 richtungsweisende Bedeutung zu, vgl. Roscheck, Enthaltung, S. 29.

⁵⁹ Gemäß Art. 1 Abs. 1 der Verfassung der Republik Griechenland vom 9. 6. 1975, zuletzt geändert und vollständig neu bekannt gemacht durch Gesetz vom 16. 4. 2001, ist Griechenland eine „parlamentarische Demokratie“. Art. 51 Abs. 3 der Verfassung bestimmt, dass die Abgeordneten des Parlaments „in unmittelbarer, allgemeiner, geheimer Wahl“ gewählt werden. Absatz 5 S. 1 der Vorschrift bestimmt: „Die Ausübung des Wahlrechts ist Pflicht“ (zitiert nach Kimmel (Hrsg.), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, S. 183).

⁶⁰ Italien, eine „demokratische ... Republik“ (Art. 1 S. 1), regelt in Art. 48 der Verfassung vom 27. 12. 1947, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 1. 2000, die Wahlberechtigung. Abs. 2 der Vorschrift lautet: „Die Stimmabgabe ist persönlich und gleich, frei und geheim. Seine Ausübung ist staatsbürgerliche Pflicht“ (zitiert nach Kimmel (Hrsg.), Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, S. 256).

⁶¹ Vgl. Roscheck, Enthaltung, S. 30 m. w. N.

⁶² Die österreichische Verfassung erlaubt es in Art. 95 Abs. 1 S. 3 B-VG den Ländern, die näheren Bestimmungen über die „allfällige Wahlpflicht“ zu treffen, zitiert nach H. Mayer, Bundes-Verfassungsrecht, S. 276. Dementsprechend hat Vorarlberg eine Wahlpflicht normiert, so Walter/H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rn. 793. Die früher vorhandene Ermächtigung des Landesgesetzgebers, die Wahlpflicht auch für Nationalratswahlen anzuordnen, ist 1992 entfallen. Ob der einfache Bundesgesetzgeber eine Wahlpflicht anordnen dürfte, ist strittig, vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rn. 383.

⁶³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 94/80/EG v. 19. 12. 1994, der lautet: „Besteht im Wohnsitzmitgliedstaat Wahlpflicht, so gilt diese Pflicht auch für die aktiv Wahlberechtigten im Sinne des Artikels 3, die sich dort in das Wählerverzeichnis haben eintragen lassen“. Zur Umsetzung der Richtlinie ins deutsche Recht siehe Pieroth/Schmülling, DVBl. 1998, S. 365 ff.

tarische Rat hatte die Normierung einer Wahlpflicht ja nicht mit dem Argument abgelehnt, dass sie undemokratisch sei. Im Gegenteil waren alle Abgeordneten, die sich in der Debatte geäußert hatten, davon ausgegangen, dass es in der Demokratie die Erwartung gebe, dass die Bürger ihr Wahlrecht ausüben. Allein umstritten war, ob diese Erwartung zu einer Rechtspflicht verdichtet werden sollte.

Damit lässt das Demokratieprinzip sowohl die Teilnahmepflicht als auch den Dispens davon zu. Die Teilnahmepflicht zwingt alle Stimmberechtigten dazu, ihre Stimme abzugeben. Das sichert eine hohe Beteiligung⁶⁵ um den Preis, dass auch solche Stimmberechtigten eine Meinung kundtun, die an der Sache nicht eigentlich interessiert sind. Dieser Preis ist hoch, weil die unfundiert abgegebene Meinung mit gleichem Gewicht in die Entscheidung einfließt wie die fundiert abgegebene Stimme. Der Verzicht auf eine Stimmpflicht versucht dagegen, die Stimmen zu gewichten. Er führt dazu, dass nur solche Stimmberechtigten ihre Stimme abgeben, die dem Thema ein besonderes Interesse entgegenbringen. Das lässt hoffen, dass die Auseinandersetzung mit dem Thema tiefschürfender und die Entscheidung begründeter ausfällt. Weil die fundiert abgegebene Stimme bei dieser Konzeption nur eine von wenigen ist, während sie bei der Ausübungspflicht von einer bloß dahin gesagten Stimme neutralisiert werden kann, liegt im Absehen von der Ausübungspflicht eine Aufwertung der fundierten gegenüber der desinteressierten Stimme. Diese Gewichtung ist eine der wenigen, die im Rahmen der Gleichheit und Allgemeinheit der Abstimmung möglich ist. Sie ist möglich, weil der Grundsatz der Allgemeinheit nur für die Möglichkeit der Stimmabgabe⁶⁶ und der Grundsatz der Gleichheit nur für die abgegebenen Stimmen⁶⁷ gilt.

Obwohl das Demokratieprinzip eine Stimmpflicht danach weder verbietet noch gebietet und insoweit also keine Regelung trifft, fehlt es an einer Regelungslücke. Denn aus dem Kompetenzcharakter des Stimmrechts folgt wie gesehen der Grundsatz einer Ausübungspflicht.⁶⁸ Das damit vorgegebene Verhältnis von Regel und

⁶⁴ Die baden-württembergische Verfassung bestimmt in Art. 26 Abs. 3: „Die Ausübung des Wahl- und Stimmrechts ist Bürgerpflicht.“ Freilich wird diese Pflicht nicht als rechtliche, sondern als allgemeine Bürgerpflicht verstanden, siehe *BW StGH*, *ESVGH* 11 (1962), Teil II, S. 25 (28); *Feuchte*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassung des Landes Baden-Württemberg*, Art. 26 Rn. 10; *Maurer*, in: ders./Hendler (Hrsg.), *Baden-Württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht*, S. 61. *Roscheck*, *Enthaltung*, S. 31, deutet das als „sanktionslose Rechtspflicht“. Das sächsische Kommunalrecht sieht in § 15 Abs. 2 GO und in § 13 Abs. 2 LKrO vor: „Die verantwortliche Teilnahme an der bürgerchaftlichen Selbstverwaltung der Gemeinde ist Recht und Pflicht aller Bürger“ und der Unionsbürger.

⁶⁵ Zur Höhe der Wahlbeteiligung und ihrem Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung vgl. *Roscheck*, *Enthaltung*, S. 53 ff.

⁶⁶ Kein Ausschluss von der Teilnahme an der Wahl, siehe *BVerfGE* 58, 202 (205); vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, Art. 38 Rn. 5.

⁶⁷ Gleiche Ausübung, also gleiche Stimmenzahl (Zählwert) und gleiche Berücksichtigung bei der Umsetzung von Stimmen in Parlamentssitze (gleicher Erfolgswert), vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, Art. 38 Rn. 6 m. w. N.

⁶⁸ Ebenso *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 254.

Ausnahme schließt aus, dass eine Regelungslücke entsteht. Wo ein Dispens nicht ausdrücklich eingeräumt ist, bleibt es bei der Regel. Weil funktionell-rechtlich nur, wer die Kompetenz gewährt, auch den Dispens einräumen darf, ist es dem Rechtsanwender verboten, eine Ausnahme von der Regel mit Hilfe der Analogie (zu anderen Ausnahmen) zu begründen. Wo die Auslegung des geltenden Rechts (insbesondere des Demokratieprinzips) einen Dispens nicht hergibt, müssen die Bemühungen des Rechtsanwenders zu einem Ende kommen. Obwohl es also wegen des kompetenzrechtlichen Grundsatzes der Ausübungspflicht immer an einer Regelungslücke fehlt (was man schlagwortartig als Analogieverbot für Ausübungsdispense zusammenfassen kann), soll abschließend hilfsweise gezeigt werden, dass eine Analogie noch an einer weiteren Voraussetzung scheitert.

cc) Interessenlagen bei Wahlen und Abstimmungen

Eine Analogie setzt voraus, dass die Interessenlage es gebietet, die Lücke im Sinn der genannten Regelung zu schließen.⁶⁹ Der geregelte Fall und der planwidrig nicht geregelte Fall müssen also auf der gleichen Interessenlage beruhen. Hier hat das Grundgesetz für Wahlen eine Pflicht zur Teilnahme verboten. Das Interesse, das für diese Regelung spricht, müsste genauso bei Abstimmungen bestehen. Es gilt also, Wahlen und Abstimmungen zu vergleichen. Sie teilen Gemeinsamkeiten, aber sie unterscheiden sich auch.

Nach dem säuberlich differenzierten Sprachgebrauch des Grundgesetzes sind Abstimmungen Sachentscheidungen und Wahlen Personalentscheidungen.⁷⁰ So werden „gewählt“ etwa die Volksvertreter in Bund, Ländern und Kommunen gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 2 und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, der Bundespräsident und der Bundeskanzler gemäß Art. 54 Abs. 1 S. 1, Art. 63 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1 GG, die Präsidenten von Bundestag und Bundesrat gemäß Art. 40 Abs. 1 bzw. Art. 52 Abs. 1 GG sowie die Mitglieder im Richterwahlausschuss gemäß Art. 95 Abs. 2 GG. All das sind Personalentscheidungen. Demgegenüber ist „abzustimmen“ gemäß Art. 29 Abs. 3 S. 2 GG über die Gliederung des Bundesgebiets, also über eine Sachfrage.⁷¹ In engem systematischem Zusammenhang stellen schließlich die Ab-

⁶⁹ BGH, NJW 2003, S. 1932 (1933); BGHZ 149, 165 (174); Ehlers, NVwZ 1990, S. 105 (107).

⁷⁰ Bugiel, Volkswille und repräsentative Entscheidung, S. 113; Herrmann, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 61; Roscheck, Enthaltung, S. 19; Schliesky, ZG 1999, S. 91 (92); Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), S. 329 (352, 354). So ist, zusätzlich zu den im Fließtext erwähnten Vorschriften, von Wahlen die Rede und eine Personalentscheidung gemeint in Art. 13 Abs. 6 S. 2, Art. 28 Abs. 1 S. 3, Art. 38 Abs. 2, Art. 39 Abs. 1 S. 1, Art. 48 Abs. 1, Art. 54 Abs. 2, 3, Art. 68 Abs. 1 S. 2, Art. 94 Abs. 1 S. 2, Art. 115h Abs. 2, Art. 136 Abs. 2, Art. 137 Abs. 1, 2 GG. Anders die Terminologie des Hs Vf Art. 71, wonach Abstimmung der Oberbegriff für Wahlen und Sachentscheidungen ist. Vgl. außerdem BVerfGE 47, 253 (276): „Als Wahlen werden gemeinhin Abstimmungen verstanden, durch die eine oder mehrere Personen aus einem größeren Personenkreis ausgelesen werden“.

⁷¹ Pieroth, JuS 1991, S. 89 (90).

sätze 1 und 2 des Art. 68 GG den Unterschied heraus. Jener redet von der Wahl (eines anderen Bundeskanzlers), dieser von der Abstimmung (über die Auflösung des Bundestages). Wahlen und Abstimmungen haben also gemeinsam, dass sie Entscheidungen ermöglichen. Sie teilen das Ziel, Mitwirkungsmöglichkeiten zu eröffnen, und auch die äußeren Formen der Mitwirkung sind der Sache nach identisch: Erheben der Hand, mündliche oder schriftliche Erklärung, Zählung der Stimmen, Vergleich der Summen.⁷²

Wahlen und Abstimmungen unterscheiden sich dagegen in dem Gegenstand der Entscheidung. Bei Wahlen ist über Personen, bei Abstimmungen in der Sache zu entscheiden. Dabei sind die verfassungsrechtlichen Personalentscheidungen immer eine Vorstufe für Sachentscheidungen. Keine vom Grundgesetz vorgesehene Wahl hat alleine den Zweck, die gewählte Person ins Amt zu bringen.⁷³ Stets muss der Gewählte anschließend Sachentscheidungen treffen. Wahlen entscheiden, wer entscheidet.⁷⁴ So haben die Abgeordneten des Bundestages (gewählt gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) gemäß Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG Gesetze zu geben. So hat der Bundeskanzler (gewählt gemäß Art. 63 Abs. 1 GG) gemäß Art. 65 S. 1 GG die Richtlinien der Politik zu bestimmen. Und so haben die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (gewählt gemäß Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG) die ihnen gemäß Art. 93 Abs. 1 und 2 GG zugewiesenen Fälle zu entscheiden. Bei der Abstimmung trifft der Votierende also selbst eine Entscheidung in der Sache, bei der Wahl geht es darum, andere zur Sachentscheidung zu bevollmächtigen.⁷⁵ Daraus folgt, dass eine Teilnahmepflicht bei Abstimmungen näher liegt als bei Wahlen. Denn die Abstimmung ist die letzte Möglichkeit, Einfluss zu nehmen, bevor in der Sache entschieden wird.⁷⁶ Wer dagegen die Wahl versäumt, kann trotzdem noch auf die Abgeordneten und damit auf die von ihnen zu treffende Sachentscheidung einwirken, etwa durch Petitionen gemäß Art. 17 GG.

Bei Abstimmungen, nicht aber bei Wahlen eine Teilnahmepflicht anzunehmen, erscheint überdies aus praktischen Gründen sachgerecht. Denn der personalisierte Wahlkampf spricht die Masse der Stimmberechtigten mehr an als der sachbezogene Abstimmungskampf. Daher liegt es in der Natur der Massendemokratie, von

⁷² *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre II: Staatsgesellschaftslehre Bd. 1, S. 212.

⁷³ Das ist keine zwingende Eigenschaft von Wahlen. Die Wahl eines verdienten Vereinsmitglieds zum Ehrenmitglied verfolgt keinen anderen Zweck als die Auszeichnung der Ehrenmitgliedschaft zu vergeben.

⁷⁴ Vgl. das Zitat bei *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 63.

⁷⁵ Vgl. *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre II: Staatsgesellschaftslehre Bd. 1, S. 212; dort auch weitere Unterschiede.

⁷⁶ Dementsprechend sind auch Bundestagsabgeordnete grundsätzlich verpflichtet, an Abstimmungen teilzunehmen, vgl. oben S. 63, bei Fn. 144. In der Praxis finden Abstimmungen allerdings nur selten namentlich und ausdrücklich, sondern meistens einheitlich „nach Fraktionen“ statt. Darin, dass ein Abgeordneter keine von der Meinung seiner Fraktion abweichende Auffassung kundtut, liegt dann seine (konkludente) Stimmabgabe. Diese Praxis entspricht Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG, der auf die abgegebenen Stimmen abstellt.

der auch das Grundgesetz ausgeht (vgl. Präambel, die sich an die Deutschen vieler Länder richtet, in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 GG, der dort viele Millionen Einwohner wohnt), dass bei Abstimmungen die Beteiligung niedriger ausfällt als bei Wahlen.

Weiter unterscheiden sich Abstimmung und Wahl mit Blick auf den Charakter der Berechtigung. Das Grundgesetz hat das Abstimmungsrecht, wie gezeigt, als Kompetenz ausgestaltet. Das Wahlrecht aber ist ein subjektives Recht.⁷⁷ Dagegen spricht zwar Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, der für Wahl und Abstimmung gleichermaßen bestimmt, dass sie die Ausübung von Staatsgewalt darstellen. Doch die überwiegenden Gründe, die freilich nur für die Wahl, nicht aber für die Abstimmung Platz greifen, sprechen dafür, die Wahl als subjektives Recht anzusehen.

Zum Ersten sind grammatische Gründe zu nennen. Zunächst ist in Art. 38 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG von der Freiheit der Wahl die Rede. Der Begriff der Freiheit verweist nun aber, wie gezeigt, auf subjektive Rechte⁷⁸ und erscheint so im Zusammenhang mit der (kompetenzgebundenen) Ausübung von Staatsgewalt verfehlt. Üblicherweise wird in diesem Zusammenhang denn auch von „Spielräumen“, „Autonomie“ oder Ähnlichem gehandelt.⁷⁹ Systematisch muss ferner Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG Beachtung finden. Dort ist mit Blick auf Art. 38 GG die Verfassungsbeschwerde eröffnet. Weil die Verfassungsbeschwerde als Rechtsmittel zur Verteidigung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten gedacht ist, spricht dies gleichfalls dafür, das Wahlrecht als subjektives Recht aufzufassen. Schließlich gilt historisch, dass das Wahlrecht als Grundrecht erkämpft wurde, und genetisch, dass der Parlamentarische Rat die Ausübung des Wahlrechts gerade nicht zur Pflicht machen wollte.⁸⁰ Daher ist der in Rechtsprechung und Literatur einstimmig für richtig gehaltenen Auffassung zu folgen, dass das Wahlrecht ein subjektives Recht ist.⁸¹

⁷⁷ Lang, Wahlprüfungsverfahren, S. 27, 130, 224 ff.; G. Roth, in: Festschrift Graßhof, S. 53 (53, 58); E. Stein / Frank, Staatsrecht, § 52 I 1 (S. 418). Das wurde früher anders gesehen, vgl. nur Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, S. 331: „Das ‚Wahlrecht‘ ist überhaupt kein subjektives, im individuellen Interesse begründetes Recht, sondern lediglich der Reflex des Verfassungsrechts“.

⁷⁸ Siehe oben Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2.

⁷⁹ Vgl. nur Ehlers, in: Erichsen / Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3, vor Rn. 46 („Spielraum des Staates“); Kirchhof, Recht gibt es nicht zum Niedrigpreis, FAZ Nr. 281 v. 1. 12. 2004, S. 38 („Staaten ... Länder und Gemeinden ... beanspruchen Autonomie, nicht Freiheit“; „Der Bürger ist frei ... Der Staat hingegen ist autonom ...“); vgl. auch Pieroth / Hartmann, WissR 37 (2004), S. 333 ff. m. w. N. zum Gebrauch des Begriffs der Autonomie. A.A. eine Mindermeinung, vgl. Bauer, DVBl. 1986, S. 208 (213 ff.); kritisch Bleckmann, DVBl. 1986, S. 666 f. mit Duplik Bauer; a. a. O., S. 667 f.

⁸⁰ Siehe soeben unter a).

⁸¹ Zu dem Phänomen, dass Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG die Wahl, gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG eine Ausübung von Staatsgewalt, mit Grundrechtsschutz bewehrt, siehe unten in diesem Kapitel, § 1 F.

c) Ergebnis

Die Frage, ob eine Pflicht zur Teilnahme besteht, kann für die Abstimmung nicht analog zur Wahl beantwortet werden. Denn das Grundgesetz hat die Abstimmung als Kompetenz ausgestaltet. Damit geht – mangels abweichender Regelung des Verfassungsgebers – einher, dass die Pflicht besteht, die Kompetenz auch auszuüben. Die Frage ist also geregelt. Zudem fehlt es an der Gleichheit der Interessenlagen.⁸² Während Wahlen nur Vorstufen zur Sachentscheidung sind, stellen Abstimmungen die Sachentscheidung selbst dar. Daher können Wahlen eine niedrige Beteiligung besser ertragen als Abstimmungen.

Weil die Kompetenz, Landes- und Ortsrecht zu verabschieden, eine vom Landesrecht gewährte Kompetenz ist, kann der Kompetenzgeber, also der Landesgesetzgeber, bei der Kompetenzgewährung auch die Frage der Teilnahmepflicht regeln. Solange ein Dispens nicht erteilt ist, gilt von Grundgesetz wegen der Pflicht zur Teilnahme an Abstimmungen. Damit sind Regelungen unvereinbar, die eine Stimmenthaltung zulassen. Konsequenterweise ist die Enthaltung durch zahlreiche Abstimmungsgesetze ausgeschlossen.⁸³

II. Abstimmungsmaßstab

Weil es sich bei dem Recht, an einer Abstimmung teilzunehmen, um eine Kompetenz handelt, darf diese Berechtigung nicht nach subjektivem Belieben ausgeübt werden.⁸⁴ Den Stimmberechtigten trifft vielmehr die Pflicht, das Gemeinwohl zum Maßstab seiner Abstimmungsentscheidung zu machen.⁸⁵ Er hat sich zu fragen, ob der Gesetzentwurf im Interesse der Allgemeinheit liegt.⁸⁶ Ist dem Gemeinwohl

⁸² Gegen eine Analogie zum Wahlrecht mangels Interessengleichheit auch VGH München, BayVBl 2004, S. 749 (750, 751).

⁸³ Die Stimmabgabe muss Ja oder Nein lauten, eine Enthaltung ist also ausgeschlossen gemäß *Hs* Vf Art. 124 Abs. 3 S. 1; *MV* Vf Art. 60 Abs. 4 S. 3; *Ns* NGO § 22b Abs. 10 S. 1=NLO § 17b; *NW* Vf Art. 68 Abs. 4 S. 1; GO § 26 Abs. 7 S. 1=KrO § 23; *Ss* Vf Art. 72 Abs. 4 S. 1; *SH* Vf Art. 42 Abs. 4 S. 3; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 4. Vgl. oben S. 32, Fn. 35.

⁸⁴ Zur Unvereinbarkeit von Kompetenzausübung und subjektiver Willkür siehe oben Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B.

⁸⁵ Siehe oben sub I. Vgl. *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 250 f.: „Vor allem als Wähler hat sich daher der Bürger von allen natürlichen, beruflichen und weltanschaulichen Determiniertheiten innerlich zu befreien ... Daß der Wähler eine öffentliche Person ist und daher nach allgemeinen Erwägungen seine Stimme abzugeben hat, wird dadurch verdunkelt, daß er geheim stimmt.“ Der Sache nach ebenso *Gneist*, Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, S. 244 f.; *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 245, 280; *ders.*, Volksentscheid und Volksbegehren, S. 34 f.; *Smend*, Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts, S. 11 f. A.A. *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 82, 90 f.

⁸⁶ Siehe oben sub I. Einige Landesverfassungen bestimmen das ausdrücklich, vgl. *By* Vf Art. 117 S. 2, *Bm* Vf Art. 9 S. 2, *RP* Vf Art. 20, sowie die sittliche Pflicht gemäß *Hb* Vf Präambel Abs. 3 S. 1.

nach seiner Auffassung mit dem Gesetz besser gedient als ohne, hat er dafür zu stimmen. Damit unterscheiden sich Abstimmungs- und Wahlrecht auch bezüglich des Entscheidungsmaßstabs. Nur das Wahlrecht, ein subjektives Recht, kann „frei“, nach Belieben ausgeübt werden, also insbesondere auch egoistisch, allein zur Förderung eigener Interessen.⁸⁷ Mit Blick auf den Entscheidungsmaßstab kann der Grundsatz der Wahlfreiheit gleichfalls nicht auf Abstimmungen analog angewandt werden. Weil der Kompetenzcharakter der Abstimmung den Abstimmungsmaßstab vorgibt, ohne dass der Träger der Kompetenz-Kompetenz daran etwas ändern könnte, fehlt es hier erst recht an einer Regelungslücke.

Abstimmung wie Wahl haben gemeinsam, dass sie Verfahren sind, um das Gemeinwohl zu ermitteln. Abstimmung und Wahl suchen aber, dieses Ziel auf unterschiedliche Weise zu erreichen. Beide Weisen bündeln die vielen abgegebenen Stimmen zu einer Entscheidung. Das Gemeinwohl ergibt sich daraus, dass verschieden viele Stimmberechtigte ihr Stimmrecht in verschiedene Richtungen gehend ausüben, und es liegt idealiter dort, wo sich die überwiegende Zahl der Stimmen trifft.

Die verschiedenen Wege, die Wahl und Abstimmung einschlagen, unterscheiden sich darin, nach welchem Kriterium der einzelne Stimmberechtigte seine Entscheidung zu treffen hat. Bei der Wahl ist der Maßstab der Eigennutz, bei der Abstimmung dagegen das Gemeinwohl. Bei der Wahl darf und soll der Stimmberechtigte seine Entscheidung daran ausrichten, was ihm selbst (und nicht der Gesellschaft im Ganzen) am meisten nützt. Maßstab der Wahlentscheidung ist das eigene Wohl, nicht das Gemeinwohl, sind die eigenen Interessen, nicht die übergeordneten Interessen der Gemeinschaft. Die Wahl definiert Gemeinwohl also als Resultante der vielen, durch die abgegebenen Stimmen ausgedrückten, individuellen Egoismen.

Bei der Abstimmung hat der Stimmberechtigte seine Entscheidung dagegen daran auszurichten, was der Gesellschaft im Ganzen am meisten nützt. Jeder Stimmberechtigte hat nach der Konzeption des Grundgesetzes zu versuchen, von den eigenen Interessen losgelöst zu entscheiden, was für alle am besten ist. Dabei müssen insbesondere die Interessen nichtwahlberechtigter Personen einfließen, etwa die der Kinder und der kommenden Generationen,⁸⁸ und sind zudem Staatsziel-

⁸⁷ Ebenso für Wahlen *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 82. Gemeinwohl und Eigeninteressen können auseinander fallen: Was für mich gut ist, muss nicht für alle gut sein, vgl. *Ackerman*, *We the People*, Bd. 1, *Foundations*, S. 297. Das Gemeinwohl ist ohnehin keine inhaltlich vorgegebene Größe. Daher hat das Verfahren, in dem politische Entscheidungen vorbereitet und getroffen werden, zentrale Bedeutung, vgl. v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 48 ff., 388; *Frankenberg*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein*, AK-GG Bd. 2, Art. 20 Abs. 1–3 I Rn. 36 (Stand: Grundwerk 2001); *St. Meyer*, Gemeinwohlauftrag, S. 60 f., mit der Unterscheidung von prozeduralem und kompetenziellem Gemeinwohlverständnis.

⁸⁸ Die Frage, wessen Interessen bei der Frage nach dem Gemeinwohl zu berücksichtigen sind, also die Frage, um das Wohl welcher Gemeinschaft es geht, kann hier nicht abschließend behandelt werden. Das Gemeininteresse gehe, so *G. Jellinek*, *System*, S. 68 f., über das Interesse der momentan den Staat bildenden Menschen hinaus. Es umfasse ebenso das Inte-

bestimmungen wie der Umweltschutz (Art. 20a GG) zu berücksichtigen. Die Abstimmung definiert Gemeinwohl damit als Resultante der vielen, durch die Stimmabgabe ausgedrückten Versuche, das Gemeinwohl zu bestimmen. Damit ermittelt die Abstimmung das (überindividuelle) Gemeinwohl direkt aus den verschiedenen, individuellen Bestimmungen des Universalinteresses, während die Wahl das (überindividuelle) Gemeinwohl indirekt aus den verschiedenen, individuellen Partikularinteressen ableitet.

Die so bestimmten Maßstäbe für die Entscheidung bei Wahl und Abstimmung illustrieren jeweils einen der beiden Grundtypen, die als Verfahren zur Gemeinwohlbestimmung anerkannt sind. Die Unterscheidungen von Arnims aufnehmend ist die Wahl ein interessendeterminiertes Verfahren: Die Intentionen der Verfahrensbeteiligten sind nicht auf das Gemeinwohl gerichtet, sondern auf möglichst weitgehende Befriedigung der eigenen (faktischen) Interessen.⁸⁹ Die Abstimmung stellt dagegen idealtypisch ein wert- und erkenntnisorientiertes Verfahren dar: Die Intentionen der Verfahrensbeteiligten zielen auf die Ermittlung des Gemeinwohls ab.⁹⁰

III. Mehrzahl an Vorschlägen?

Bei der Wahl gilt, so hat es das Bundesverfassungsgericht entschieden, das Erfordernis einer Mehrzahl von Vorschlägen: „Wenn von Gesetzes wegen oder faktisch nur noch ein Vorschlag zur Wahl steht, ist eine freie Wahl nicht mehr gewährleistet.“⁹¹ Es reicht also nicht aus, dass ein Kandidat zur Wahl steht und sich so die Wahlmöglichkeit auf Zustimmung oder Ablehnung dieses einen Kandidaten redu-

resse nicht wahlberechtigter Kinder wie noch ungeborener Generationen und erstrecke sich sogar „in die fernste Zukunft“. Normativer Anknüpfungspunkt im geltenden Verfassungsrecht könnten Art. 20a GG, der von der „Verantwortung für die künftigen Generationen“ ausgeht (vgl. auch v. Arnim, Staatslehre, S. 132), und Art. 79 Abs. 3 GG, der den Ewigkeitsanspruch des Grundgesetzes formuliert (krit. *Großfeld*, NJW 1995, S. 1719 (1722) („Macht der Toten“); *ders.*, NJW 1998, S. 3544 (3547) (gegen die „Mehrheit der Lebenden“)), sein. Es liegt gleichfalls nahe, die Interessen von Ausländern einzubeziehen, sofern sie zwar den Gesetzen unterworfen, aber nicht an der Staatsgestaltung beteiligt sind (vgl. v. Arnim, Staatslehre, S. 132 f.; *Bryde*, in: Brink / H. A. Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für v. Arnim, S. 679 (681), mit dem Hinweis, dass die Interessen von Einwanderern durch die Wahlentscheidung der deutschen Wähler nicht mitrepräsentiert werden). Dagegen müssen die Interessen nicht abstimmender Abstimmungsberechtigter außen vor bleiben. Denn mit der hier postulierten Abstimmungspflicht ist es schlecht vereinbar, dass die Abstimmenden die Interessen jener Nichtabstimmenden berücksichtigen sollen, die es von Verfassung wegen gar nicht geben darf. Vgl. zur Gemeinwohlbestimmung auch *Ehlers*, in: Erichsen / Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 29.

⁸⁹ Dazu allgemein v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 50 f.; *ders.*, Staatslehre, S. 204 f.

⁹⁰ Dazu allgemein v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, S. 51, 191; *ders.*, Staatslehre, S. 203 f.

⁹¹ BVerfGE 47, 253 (283).

ziert. Dass nur ein Vorschlag gemacht ist, so dass entweder dafür oder dagegen gestimmt werden kann, ist aber typischerweise die Konstellation bei der Abstimmung. Gleichwohl ist das Abstimmungsrecht deshalb nicht grundgesetzwidrig. Denn die Maßgabe, dass es mehr als einen Vorschlag geben muss, folgt nicht aus dem Begriff der Freiheit (der Wahl bzw. der Abstimmung), sondern aus dem Begriff der Wahl und gilt daher nicht für Abstimmungen. Es ist die „Wahl“, die vorgibt, dass es eine Aus-Wahl geben muss. Entsprechend definiert der Duden die Wahl als die Möglichkeit, sich zwischen zwei oder mehreren Möglichkeiten zu entscheiden.⁹² Abstimmung wird dagegen mit „Stimmabgabe“ erklärt.⁹³ Eine Stimmabgabe kann aber auch als „Ja!“ oder „Nein!“ erfolgen und darf sich daher sehr wohl auf einen einsam gebliebenen Vorschlag beziehen.

Schließlich kann man die Abstimmung über diesen einen Gesetzentwurf sogar als die Wahl zwischen zwei Vorschlägen begreifen. Der eine Vorschlag entspräche der Neuregelung nach dem begehrten Gesetz, der andere Vorschlag wäre, die bisher geltende Regelung zu belassen. Dieses Verständnis ist nur bei der Abstimmung, aber nicht bei der Wahl möglich. Denn Personalentscheidungen erfolgen typischerweise in einer Situation, in der das Amt nicht oder nicht mehr besetzt ist, so dass die Ablehnung des zur Wahl stehenden Kandidaten den ehemaligen Amtsinhaber weder im Amt belässt noch dorthin zurückbefördert. Demgegenüber erfolgen Sachentscheidungen typischerweise vor dem Hintergrund einer existierenden Regelung. Das gilt stets für den wichtigsten Fall von einfach-rechtlichen Geboten und Verboten, die den Bürger treffen. Denn gemäß Art. 2 Abs. 1 GG, verstanden als allgemeine Handlungsfreiheit, ist alles erlaubt, was nicht verboten ist. Daher ist jedes Verhalten, zu dem sich der Bürger entschließen mag, ohnehin entweder von Verfassungs wegen erlaubt oder einfach-rechtlich verboten. Ein Amt kann leer stehen, ein Verhalten aber ist stets determiniert. Die gängige Praxis, dass nur ein Gesetzentwurf zur Abstimmung steht, entspricht deshalb den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

IV. Verbot äußeren Zwangs

Die letzte Garantie, die im Rahmen des Grundsatzes der Freiheit zu erörtern ist, fragt nach dem Wie der Abstimmung. Auch bei der Abstimmung darf gegen den Stimmberechtigten kein äußerer Zwang ausgeübt werden, auf dass er in einer bestimmten Weise abstimme. Das folgt bereits aus dem Kompetenzcharakter der Abstimmung. Mit einer Kompetenz geht, wie gezeigt, üblicherweise ein Delegationsverbot einher.⁹⁴ Eine Kompetenz ist also von genau der Person auszuüben, der die

⁹² Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, Bd. 10, 1999, Stichwort Wahl (S. 4405).

⁹³ Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, Bd. 1, 1999, Stichwort Abstimmung (S. 115).

⁹⁴ Dritter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B.

Kompetenz eingeräumt wurde. Das bedeutet für die Abstimmung, dass die abgegebene Stimme das Urteil des Stimmberechtigten widerspiegeln muss und nicht das Urteil desjenigen anderen reflektieren darf, der auf den Stimmberechtigten Zwang ausübt.

B. Unmittelbarkeit der Abstimmung

Die Unmittelbarkeit der Wahl verlangt, dass die Mitglieder einer Volksvertretung direkt gewählt werden. Sie schließt jedes Wahlverfahren aus, bei dem zwischen Wähler und Wahlbewerber eine Instanz geschaltet ist, die nach eigenem Ermessen entscheidet.⁹⁵ Dass die Abstimmung unmittelbar zu erfolgen hat, ergibt sich dagegen aus dem Delegationsverbot, das mit dem Kompetenzcharakter der Berechtigung einhergeht. Eine analoge Anwendung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 38 Abs. 1 Var. 2 GG auf die Abstimmung scheitert daher bereits an der Voraussetzung einer Regelungslücke.

Die herrschende Meinung, die mit dem Demokratieprinzip argumentiert, hat mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit ihre Probleme. Man möchte das Bekenntnis vermeiden, dass die Unmittelbarkeit der Wahl ein Essential der Demokratie darstelle, denn damit hätte man zugleich gesagt, dass etwa die Vereinigten Staaten von Amerika ein undemokratisches Land abgäben. Denn dort wählen gemäß Art. II, Sec. 1 U.S. Const. „electors“ den Präsidenten. Obwohl jede Wahlperson für eine Partei steht, ist sie bundesverfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, ihre Stimme dem Kandidaten ihrer Partei auch tatsächlich zu geben.⁹⁶ Damit erfolgt die Wahl des Präsidenten nicht direkt⁹⁷, sondern indirekt,⁹⁸ mit anderen Worten: mittelbar, nicht unmittelbar. Diese Bredouille vermeidet die hier vorgeschlagene Lösung. Sie erreicht, dass der Grundsatz der Unmittelbarkeit für Abstimmungen gilt, ohne dass die Frage beantwortet werden müsste, ob das Demokratieprinzip die Unmittelbarkeit gebietet.

⁹⁵ BVerfGE 47, 253 (279 f.).

⁹⁶ Vgl. U.S. Supreme Court, *Ray v. Blair*, 343 U.S. 214 (228 ff.) (1952); *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, § 7 I (S. 71). Zu Bindungen, die in der Hälfte der Staaten das Landesrecht den Wahlpersonen auferlegt, vgl. *Krings*, DAJV-NL 2004, S. 1 (3). Die Bundesverfassung lässt es sogar zu, dass die Wahlpersonen nicht vom Volk, sondern vom Parlament gewählt werden, siehe U.S. Supreme Court, *McPherson v. Blacker*, 146 U.S. 1 (28 ff.) (1892).

⁹⁷ *Brugger*, a. a. O., § 7 I (S. 70).

⁹⁸ *Hay*, Einführung in das amerikanische Recht, S. 24 u. Fn. 19.

C. Allgemeinheit und Gleichheit der Abstimmung

Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl normiert die gleiche Fähigkeit aller Deutschen, zu wählen und gewählt zu werden. Er beschreibt damit einen Sonderfall der Gleichheit der Wahl. Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl garantiert den gleichen Zähl- und Erfolgswert jeder Stimme (gleiches aktives Wahlrecht) und die Chancengleichheit aller Bewerber (gleiches passives Wahlrecht).⁹⁹

Fraglich ist, ob auch ein Grundsatz der Gleichheit der Abstimmung existiert, der ein gleiches aktives und passives Abstimmungsrecht verbürgt. Für einen solchen Grundsatz kommen verschiedene normative Anknüpfungspunkte in Betracht. Kompetenz-rechtlich fällt der Blick auf das Demokratieprinzip, das Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verbürgen. Subjektiv-rechtlich könnte der Grundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG oder analog Art. 28 Abs. 1 S. 2, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG garantiert sein. Dass die Geheimheit der Wahl in den Art. 28, 38 GG subjektiv-rechtlich garantiert ist, zeigt die systematische Auslegung mit dem Wahlrechtsgrundsatz der Freiheit: Freiheit passt, wie gesehen, nur zu subjektiven Rechten. Bei Art. 38 GG kommt die systematische Auslegung mit Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG hinzu: Weil danach die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zulässig ist und die „Grundrechtsklage“¹⁰⁰ dem Schutz subjektiver Rechte gilt, ist die Gleichheit der Wahl subjektiv-rechtlich verbürgt.

Um eine Antwort auf die Frage zu finden, welcher der denkbaren normativen Anknüpfungspunkte bei der Gleichheit der Abstimmung greift, hilft die Erkenntnis nicht weiter, dass es sich bei der Stimmabgabe um die Ausübung einer Kompetenz handelt. Denn die Unterscheidung von subjektiven Rechten und Kompetenzen verhält sich zur Frage der Gleichheit indifferent. Weder die Pflicht zur Rechtsausübung noch deren Maßstab oder das Delegationsverbot sind betroffen. Der Grundsatz der Gleichheit ist daher sowohl mit der subjektiv-rechtlichen als auch mit der kompetenziellen Ausgestaltung einer Berechtigung vereinbar. Beispiele dafür lassen sich leicht finden. Eine nach dem Grundsatz der Gleichheit gewährte Kompetenz stellt die Berechtigung dar, im Bundestag abzustimmen und zu wählen. Sie ist den Abgeordneten gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gleichheitlich gegeben: „Alle Mitglieder des Parlaments sind einander formal gleichgestellt.“¹⁰¹ Nach dem Grundsatz der Gleichheit gewährte subjektive Rechte kennt das Gesellschaftsrecht. Die Berechtigung, abzustimmen und zu wählen, setzen Gesellschafterbeschlüsse einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 709 Abs. 2 BGB) voraus. Dabei handelt es sich um ein subjektives Recht, das nach dem Grundsatz der Gleichheit garantiert ist.¹⁰² Dasselbe gilt für Beschlüsse der Mitgliederversammlung eines Vereins (§ 32

⁹⁹ BVerfGE 71, 81 (94); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 461.

¹⁰⁰ So der Bundesrat, BT-Drs. 1/788, Anlage 2, S. 37 ff. (46, vor § 84); vgl. *Hartmann*, JuS 2003, S. 897 (900) m. w. N. in Fn. 44.

¹⁰¹ BVerfGE 40, 296 (318); 93, 195 (204). Zur Gleichheit der Abgeordneten vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 30 m. w. N.

Abs. 1 BGB).¹⁰³ Schließlich ist auch die ungleiche Ausübung sowohl von Kompetenzen als auch von subjektiven Rechten denkbar. Für die ungleiche Ausübung von subjektiven Rechten wurde oben das Bäcker-Beispiel referiert.¹⁰⁴ Die ungleiche Ausübung von Kompetenzen illustriert Art. 51 Abs. 2 GG, wonach die Länder im Bundesrat eine ungleiche Anzahl von Stimmen haben.

Vor diesem Hintergrund spricht der kompetenzielle Charakter des Abstimmungsrechts nicht dagegen, die Kompetenz durch ein subjektives Recht auf Gleichheit der Abstimmung flankiert zu sehen. Die Bedeutung, welche das Recht auf Gleichheit bei der Stimmabgabe hat, liefert sogar ein starkes Argument dafür, das Recht durch seine Klagbarkeit zu verstärken. Daher ist davon auszugehen, dass die Gleichheit und Allgemeinheit der Stimmabgabe sowohl objektiv-rechtlich als auch subjektiv-rechtlich garantiert sind.¹⁰⁵

Objektiv-rechtlich ist der Grundsatz der Gleichheit der Abstimmung als Bestandteil des Demokratieprinzips zu verorten. In der Gleichheit der Stimmen liegt historisch ein „Urgehalt“ von Demokratie. Subjektiv-rechtlich erscheint die Gleichheit der Abstimmung analog Art. 28 Abs. 1 S. 2, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG garantiert, wobei Art. 28 GG für die Volksgesetzgebung auf Landes- und kommunaler Ebene gilt, während Art. 38 GG seine Wirkungen bei Abstimmungen auf Bundesebene entfaltet. Die analoge Anwendung der Vorschriften ist freilich nur mit Blick auf die Gleichheit des aktiven Abstimmungsrechts möglich. Denn die Gleichheit des passiven Abstimmungsrechts, also die Chancengleichheit aller „Bewerber“ im Abstimmungskampf, ist nach dem oben Gesagten bereits durch Art. 3 GG garantiert.¹⁰⁶ Insoweit fehlt es an einer Regelungslücke, wie sie die analoge Anwendung voraussetzt. Für das aktive Abstimmungsrecht ist Art. 3 GG dagegen nicht einschlägig. Denn die Gleichheit von Zähl- und Erfolgswert betrifft die Stimmabgabe und hat ihre Bedeutung bei der Durchführung des Bürger- bzw. Volksentscheids. Beide, Stimmabgabe und Durchführung, wurden oben jedoch als (grundrechtsgebundene) Kompetenzausübung qualifiziert.¹⁰⁷

D. Geheimheit der Abstimmung

Die „allgemeine Auffassung“¹⁰⁸ wendet schließlich auch den Grundsatz der Geheimheit der Wahl ohne weiteres auf Abstimmungen an. Doch neben einer Analo-

¹⁰² *Ulmer*, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5, § 709 Rn. 60, 97.

¹⁰³ *Schwarz*, in: Bamberger/H. Roth (Hrsg.), BGB, § 32 Rn. 22.

¹⁰⁴ Siehe oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 2 A. (S. 99).

¹⁰⁵ So aufgrund des „demokratischen Prinzip[s]“ auch *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 135.

¹⁰⁶ Siehe oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 3 B. (S. 115 ff.).

¹⁰⁷ Siehe oben Vierter Teil, Drittes Kapitel, § 2 B. (S. 102 ff.), C. II. 2. (S. 110 f.).

gie zur Geheimheit der Wahl aus Art. 28 und 38 GG ist auch eine Analogie zur Öffentlichkeit der Bundestagsverhandlungen gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG denkbar.¹⁰⁹ An der Voraussetzung der Regelungslücke fehlt es, wenn der Kompetenzcharakter oder das Demokratieprinzip die Frage regeln. Aber Kompetenzen können öffentlich¹¹⁰ (wie bei der Gerichtsverhandlung¹¹¹ oder der Urteilsverkündung¹¹²) und geheim (wie bei der Urteilsberatung¹¹³) ausgeübt werden. Auch mit dem Demokratieprinzip sind öffentliche, namentliche Abstimmungen (etwa im Bundestag) im Grundsatz genauso wie geheime Wahlen (gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) vereinbar.¹¹⁴ Weil also weder der Kompetenzcharakter noch das Demokratieprinzip die Frage eindeutig beantworten, liegt eine Regelungslücke vor, von deren Planwidrigkeit auszugehen ist.¹¹⁵

Die Interessenlage entspricht bei der Abstimmung eher der geheimen Wahl *zum* Bundestag als der öffentlichen Abstimmung *im* Bundestag. Bei der Abstimmung im Parlament dient das Öffentlichkeitsgebot zwei Zwecken. Zum einen soll es dem Volk die demokratische, politische Willensbildung ermöglichen. Zum anderen soll erreicht werden, dass staatliche Machtausübung kontrollierbar wird.¹¹⁶ Obwohl die Abgeordneten gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als Vertreter des ganzen Volkes an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sind, fungieren sie doch als Repräsentanten des Volkes auf Zeit und bedürfen des Vertrauens der Wähler. Daher schulden sie Rechenschaft darüber, wie sie abstimmen. Zugleich liefert die Öffentlichkeit der Parlamentsverhandlung dem Wähler die nötigen Informationen für seine nächste Wahlentscheidung.¹¹⁷

Beide Aspekte greifen bei der Abstimmung im Volk nicht: Die demokratische politische Willensbildung im Volk ging der Abstimmung gerade voran, und die an der Abstimmung Beteiligten sind selbst das Volk, also keiner Kontrolle unterwor-

¹⁰⁸ *Pieroth*, JuS 1991, S. 89 (92), exemplarisch *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 112 (ohne Begründung).

¹⁰⁹ Vgl. *Pieroth*, JuS 1991, S. 89 (91).

¹¹⁰ Vgl. zu Wahlen und Abstimmungen *Pieroth*, JuS 1991, S. 89 ff., und zur Öffentlichkeit staatlicher Planung *ders.*, JuS 1981, S. 625 ff., sowie in Festschrift für Hoppe, S. 195 ff.

¹¹¹ § 169 Abs. 1 S. 1 GVG; zur Gerichtsöffentlichkeit vgl. *Pieroth*, in: Erichsen/Kollhoser/Welp (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, S. 249 ff.

¹¹² § 173 Abs. 1 GVG.

¹¹³ § 193 Abs. 1 GVG.

¹¹⁴ Noch die demokratiebeseelte Paulskirchenverfassung stritt darum, ob Wahlen wirklich geheim stattfinden sollten, vgl. *Hartmann*, Tul. Eur. & Civ. L.F. 17 (2002), S. 23 (30 f., 44 ff.). Weil auch das Reichswahlgesetz nicht zum Tragen kam, erfolgten Wahlen erst ab 1869 geheim. In Preußen blieb die öffentliche Wahl sogar bis 1918 bestehen, siehe *Pieroth*, JuS 1991, S. 89 (90 f.).

¹¹⁵ Zu dieser Voraussetzung vgl. BGH, NJW 2003, S. 1932 (1933); BGHZ 149, 165 (174); Ehlers, NVwZ 1990, S. 105 (107).

¹¹⁶ *Pieroth*, JuS 1981, S. 625 (626); JuS 1991, S. 89 (92).

¹¹⁷ *Pieroth*, JuS 1991, S. 89 (92).

fen.¹¹⁸ Wenn nicht hauptamtliche Amtsträger und professionelle Gesetzgeber die Staatsgewalt ausüben, sondern Bürger „nebenamtlich“ tätig werden, und wenn dabei dann auch noch ein gewisser Druck besteht, nicht dem Gemeinwohlinteresse folgend, sondern nach den Partikularinteressen der *peers* abzustimmen (also jener Gruppe, welcher der Bürger angehört), dann bedarf es der Geheimheit der Abstimmung als einem wichtigen „institutionellen Schutz“¹¹⁹, um die Gemeinwohlorientierung erst zu ermöglichen. Daher gilt der Grundsatz der Geheimheit der Wahl bei der Abstimmung analog.

Insoweit erfährt das kompetenz-rechtlich organisierte Recht auf Stimmabgabe subjektiv-rechtlichen „Begleitschutz“. Darin liegt auch hier wieder kein Widerspruch zu der oben getroffenen, kategorialen Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und Kompetenzen. Denn auch die Frage, ob eine Berechtigung geheim oder öffentlich ausgeübt wird, beschreibt kein Wesensmerkmal der Kategorien. Im Gegenteil: Geheimheit ist wie dargelegt mit der Ausübung nicht nur von Kompetenzen (Urteilsberatung, außerdem etwa die Beschränkung des Briefgeheimnisses ohne Mitteilung an den Betroffenen gemäß Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG) vereinbar, sondern auch mit der Ausübung subjektiver Rechte (Briefgeheimnis gemäß Art. 10 Abs. 1 GG). Gleiches gilt für die öffentliche Ausübung von Berechtigungen (für Kompetenzen siehe neben Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung noch die öffentliche Verhandlung des Bundestages gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG; für subjektive Rechte die öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel gemäß Art. 8 Abs. 1 und 2 GG).

Wie die Geheimheit der Wahl greift auch die Geheimheit der Abstimmung, damit der Schutz wirkungsvoll ist, nicht nur bei der Stimmabgabe, sondern schon davor und noch danach.¹²⁰ Dass im Volksgesetzgebungsverfahren die Unterstützung eines Volksbegehrens nicht geheim, sondern durch Eintragung von Namen usw. in Listen erfolgt, ist vor dem Grundsatz der Geheimheit der Abstimmung dennoch kein Problem. Denn die Unterschriftsleistung lässt nicht zwingend auf die Abstimmungsentscheidung schließen. Das ist für Unterschriftenquoten, die für Wahlvorschläge gemäß § 20 Abs. 2 und 3, § 27 Abs. 1 BWahlG zu erbringen sind, anerkannt,¹²¹ und es gilt für Bürger- und Volksbegehren gleichermaßen.

¹¹⁸ Vgl. dazu sogleich § 2.

¹¹⁹ Vgl. BVerfGE 99, 1 (13); v. Arnim, Staatslehre, S. 80 f.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 10.

¹²⁰ Vgl. für die Geheimheit der Wahl Erichsen, Jura 1983, S. 635 (636); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1043 m. w. N.

¹²¹ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1054. Die Rechtsprechung stellt darauf ab, dass das zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl zwingend erforderlich sei, vgl. BVerfGE 5, 77 (81 f.); ebenso Erichsen, Jura 1983, S. 635 (646).

E. Ergebnis

Die Abstimmenden üben im Rahmen eines Volksentscheids eine Kompetenz aus. Daher sind sie hinsichtlich des Ob und des Wie der Stimmabgabe nicht frei. Die Teilnahme ist objektiv-rechtlich verpflichtend, auch wenn ein Verstoß gegen diese Pflicht oft nicht sanktioniert werden wird. Dem Stimmberechtigten ist es verboten, seine persönlichen Interessen zum Maßstab der Entscheidung zu machen. Er hat sich zu fragen, was für das Gemeinwohl am besten sei, ohne dass er dabei einem Zwang ausgesetzt sein darf. Schließlich erfolgt die Abstimmung, wie die Wahl auch, allgemein, gleich und geheim. Dabei ist die Gleichheit des passiven Abstimmungsrechts, also die Chancengleichheit im Abstimmungskampf, durch Art. 3 Abs. 1 GG garantiert. Im Übrigen ist die analoge Anwendung des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und (für Abstimmungen auf Bundesebene) des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zulässig und geboten.

F. Exkurs: Wahlen und Abstimmungen in Parlament und Volk

Wie das Grundgesetz das Spannungsfeld von der Volksgesetzgebung und den Grundrechten geregelt hat, fügt sich zu einem schlüssigen demokratietheoretischen Konzept. Bei der Stimmabgabe selbst ist nicht das persönliche Wohl eines jeden Abstimmenden maßgebend, sondern das Gemeinwohl. Damit er anhand dieses Maßstabs eine Entscheidung treffen kann, wird die Abstimmung vorbereitet, und zwar insbesondere während des Abstimmungskampfes. Beiträge im Abstimmungskampf wie Meinungsäußerungen, Versammlungen usw. finden im Schutze der Grundrechte statt. In diesem Stadium ist es auch erlaubt, einen Vorschlag zu bewerben, der aufgrund von persönlichen Präferenzen vorzugswürdig erscheint. Das berücksichtigt, dass das Gemeinwohl keine vom Grundgesetz vorgefundene und ein für alle Mal feststehende Größe ist. Im Gegenteil: Als veränderliche, prozedural zu bestimmende Einheit ist das Gemeinwohl in die Zeit hinein offen und abhängig von der Gesellschaft, die ihr Gemeinwohl selbst bestimmt.¹²² Was Gemeinwohl ist, steht nicht vorab fest, sondern muss immer neu, diskursiv, geklärt werden. Der Pluralität und der Qualität der Beiträge dient es, dass der Abstimmungskampf subjektiv-rechtlich durchgeformt ist. Denn sobald die kompetenzrechtliche Gemeinwohlbindung greift, könnte eben diese Bindung dazu führen, dass ein Beitrag nur deswegen unterbleibt, weil der Autor (irrig) annimmt, sein Vorschlag sei nicht gemeinwohldienlich. Es fördert daher die Vielfalt der Vorschläge und die Pluralität der Argumente, wenn die Gemeinwohlbindung erst so spät wie möglich eingreift. Also erscheint es nur konsequent, dass zwar die Abstimmung im Volksgesetzgebungsverfahren als der letzte Schritt der (Volks-)Gesetzgebung, nicht aber die Wahl als der erste Schritt der (Parlaments-)Gesetzgebung der Gemeinwohlbindung unterliegt. Und es fügt sich, dass Abstimmungskampf und Wahlkampf beide im

¹²² Siehe oben Fn. 87 m. w. N.

Schutze der Grundrechte stattfinden. Schließlich passt es zum Konzept, dass die Stimme bei Wahlen nach subjektiver Willkür abgegeben werden darf, denn aus einer Wahl selbst folgt noch keine Sachentscheidung.¹²³

Das Grundgesetz realisiert nebeneinander die beiden Konzepte, die in der politischen Wissenschaft (für das Wahlrecht) diskutiert worden sind: die sog. rationalistische und die sog. voluntaristische (auch: soziale) Theorie. Die rationalistische Theorie argumentiert pro Wahlpflicht, und zwar mit dem Hinweis auf die Funktion des Abstimmenden als öffentliches Organ. Deswegen bestehe eine bestimmte inhaltliche Verpflichtung, nämlich bei der Wahl den am besten geeigneten Organträger zu berufen bzw. bei der Abstimmung die für das Gemeinwohl bestmögliche sachliche Entscheidung zu treffen.¹²⁴ Dagegen besagt die sog. voluntaristische Theorie, dass das Aktivbürgerrecht einen Anteil an der Staatsgewalt gewähre, ein Mitbestimmungsrecht, eine politische Macht. Dabei sei es zulässig, die eigenen Interessen oder die Interessen seiner Gruppe wahrzunehmen.¹²⁵ Das Grundgesetz hat sich nach der hier vertretenen Auffassung bei der Wahl für die voluntaristische und bei der Abstimmung für die rationalistische Theorie entschieden.

Als Ausblick sei abschließend noch eine Bemerkung gestattet, die sich allein auf das Wahlrecht bezieht. Es fällt auf, dass das Grundgesetz die Wahlen einerseits in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als Ausübung von Staatsgewalt kennzeichnet, sie dann aber in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als grundrechtsgleiche Rechte ausgestaltet. Nach dem oben zu subjektiven Rechten und Kompetenzen Gesagten scheint das ein Widerspruch zu sein.

Der Widerspruch löst sich jedoch bei Lichte besehen in Wohlgefallen auf. Denn zum einen erfasst der Begriff der Wahl in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG alle Wahlen, also insbesondere Wahlen in den Bereichen der anderen beiden Gewalten, namentlich der Verwaltung und, theoretisch, der Rechtsprechung. Dagegen erfasst Art. 38 Abs. 1 GG nur die Wahl zum Parlament. Auch innerhalb der gesetzgebenden Gewalt ist nach der hier vertretenen Auffassung ein Unterschied auszumachen. Wäh-

¹²³ Wenn das Parlament ein Gesetz verabschiedet, handelt es gleichfalls gemeinwohlgebunden, BVerfGE 109, 133 (181 f.) („dem Gemeinwohl verpflichtete[r] demokratische[r] Gesetzgeber“); BremStGH, NVwZ-RR 2001, S. 1 (2), zustimmend *Rinken*, in: Festschrift Hollerbach, S. 403 (423), ebenso beiläufig *Grawert*, Der Staat 46 (2004), S. 433 (436), vgl. auch v. *Arnim*, in: ders./Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 63 (75). Dagegen spricht nicht das freie Mandat, also dass der Abgeordnete gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG nur seinem Gewissen unterworfen ist (vgl. BremStGH, a. a. O.), denn Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt zugleich, dass der Abgeordnete „Vertreter des ganzen Volkes“ ist. Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis *Isensee*, Der Staat 20 (1981), S. 161 (163); *dens.*, in: v. Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (113).

¹²⁴ *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre II: Staatsgesellschaftslehre Bd. 1, S. 233; vgl. *Roscheck*, Enthaltung, S. 36 f. mit Ableitungen bei *Rousseau*.

¹²⁵ *Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre II: Staatsgesellschaftslehre Bd. 1, S. 233; vgl. *Roscheck*, Enthaltung, S. 38 mit Ableitungen bei *Kelsen*.

rend Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG wohl auch die Wahlen im Landtag erfasst, bezieht sich Art. 38 Abs. 1 GG eindeutig nur auf Bundestagswahlen.

Schließlich findet die Differenzierung von Art. 38 Abs. 1 GG gegenüber Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ihren Sinn in den gestuften Vorgaben, die das Grundgesetz seinen verschiedenen Adressaten macht. Es genügt an dieser Stelle, diese Abstufungen grob und kurz zu skizzieren. Unter dem Grundgesetz darf die Verwaltung bloß unwesentliche Entscheidungen aus eigener Machtvollkommenheit treffen. Wesentliche Entscheidungen fällt die Exekutive dagegen nach der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes nur auf gesetzlicher Grundlage.¹²⁶ Sie fallen also regelmäßig im Parlament, können aber auch durch Volksgesetzgebung getroffen werden. Dabei hat der Gesetzgeber, gleichviel welcher, die Vorgaben der Verfassung zu beachten. Er entscheidet in der Regel mit einfacher Mehrheit.¹²⁷ Doch auch die Verfassung gilt nicht unabänderlich. Vielmehr erlaubt Art. 79 GG die Änderung der Verfassung, freilich unter gesteigerten Voraussetzungen. Doch selbst unter diesen Voraussetzungen ist die Verfassung nicht beliebig veränderbar. Gemäß Art. 79 Abs. 3 GG ist eine Änderung des Grundgesetzes unzulässig, sofern „die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden.“

Damit ist klar, warum das Grundgesetz mit der einen Hand gibt, was es mit der anderen Hand nimmt: Während Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG „Wahlen“ als Kompetenz gestaltet, machen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG jedenfalls die Stimmabgabe als Kern des Wahlrechts zu einem subjektiven, grundrechtsgleichen Recht. Doch diese Entscheidung ist Verfassungsänderungen nicht entzogen. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG selbst ist erst auf diesem Wege Verfassungsrecht geworden. Das Grundgesetz enthält also in Art. 38 die Vorgabe, dass das Wahlrecht ein subjektives Recht sei, doch es hat dem verfassungsändernden Gesetzgeber erlaubt, diese Entscheidung rückgängig zu machen und auch für Wahlen nicht mehr der voluntaristischen, sondern der rationalistischen Theorie zu folgen. Im Gegensatz dazu hat der Bundesgesetzgeber nicht die Möglichkeit, die Abstimmung im engeren Sinne, also die Stimmabgabe bei der Volksgesetzgebung, durchgängig als subjektives Recht zu gestalten. Dem stünde Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG und seine Konzeption der Abstimmung als Ausübung von Staatsgewalt entgegen. Lediglich soweit die Ausgestaltung des Abstimmungsrechts die Unterschiede zwischen subjektiven Rechten und Kompetenzen nicht betrifft – das ist (wie gesehen) etwa bei der Gleichheit und der Geheimheit der Wahl der Fall¹²⁸ –, darf der Gesetzgeber die Kompetenz zur Stimmabgabe subjektiv-rechtlich absichern.

¹²⁶ Zur Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes und zum Kriterium der Wesentlichkeit vgl. BVerfGE 40, 237 (249); 47, 46 (79); 58, 257 (268); 61, 260 (275); 88, 103 (116); *Battis/Gussy*, Einführung in das Staatsrecht, Rn. 246 ff., insb. 253 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 261 ff., insb. 264 ff.

¹²⁷ Zum Verfahren der Volksgesetzgebung vgl. oben Zweiter Teil, bei Fn. 100 ff. (ab S. 40), Fn. 108 ff. (ab S. 41); zum Verfahren der Parlamentsgesetzgebung vgl. für den Bund Art. 77 f. GG (dort auch zur Mitwirkung des Bundesrates und den davon abhängigen Mehrheitserfordernissen im Bundestag) sowie für die Länder die Landesverfassungen.

¹²⁸ Soeben unter C. und D.

Für den Landesgesetzgeber kommt es dagegen gemäß Art. 28 Abs. 1 GG darauf an, inwiefern die Ausgestaltung der Abstimmung als Ausübung von Staatsgewalt ein Grundsatz des Demokratieprinzips ist. Hier ist dem Gesagten entsprechend davon auszugehen, dass das Demokratieprinzip verschiedene Verfahren zulässt, um das Gemeinwohl zu bestimmen. Auf der Ebene der Bundesverfassung sind bei Wahlen und Abstimmungen zwei Konzeptionen realisiert. Beide sind mit dem Demokratieprinzip vereinbar. Daher hat auch der Landesgesetzgeber entsprechenden Spielraum. Ihm ist zwar durch das Grundgesetz vorgegeben, dass die Abstimmung als Ausübung von Staatsgewalt gemeinwohlgebunden erfolgt. Ihm kommt jedoch Spielraum hinsichtlich der Frage zu, durch welches Verfahren er die Gemeinwohlbindung realisiert. Er kann das Gemeinwohl als Resultante der Egoismen oder als Resultante individueller Gemeinwohlbestimmungen definieren. Schließlich darf der Landesgesetzgeber, wie gesehen, bei Abstimmungen auch von der Teilnahmepflicht befreien.

§ 2 Verfahrensrechtliche Kontrollbefugnisse

Die Verwaltung, insb. Rat und Kommunalaufsicht, hat im Rahmen von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid die Aufgabe, das Verfahren der Normsetzung zu kontrollieren. Im Zusammenhang mit Volksbegehren und Volksentscheid sind regelmäßig die Landtage befasst sowie jene Stellen, die die Gesetze ausfertigen. Welche Kontrollbefugnisse sind mit diesen Aufgaben verbunden?

A. Grundrechtsbindung

Soweit Volksbegehren und Volksentscheid an die Grundrechte gebunden sind, kann die Verwaltung kontrollieren, ob die Bindungen gewahrt sind. Die Verwaltung, selbst an die Grundrechte gebunden, kann nicht verpflichtet sein, ein Volksbegehren oder einen Volksentscheid zuzulassen, der Grundrechte verletzt, wenn auch das gesetzgebende Volk an diese Grundrechte gebunden ist. Dabei könnten dem Volksgesetzgeber jedoch dieselben Prognose- und Gestaltungsspielräume zustehen, auf die sich der Parlamentsgesetzgeber berufen kann.¹²⁹ Die Antwort auf diese Frage könnte davon abhängen, ob die Prognosespielräume auf Expertise und Sachkompetenz¹³⁰ oder auf demokratischer Legitimität beruhen. Prognosespielräume

¹²⁹ Eines der letzten Beispiele für den Beurteilungsspielraum des Parlaments liefert BVerfGE 109, 133 (187). Zum Volksgesetzgeber siehe ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (86 sub 10, I. Sp. u.), wo gleichfalls von einem „Gestaltungsspielraum des Volksgesetzgebers“ die Rede ist und eine „Prognoseprerogative“ (r. Sp. o.) verneint wird. Zum Prognosespielraum des Gesetzgebers vgl. etwa BVerfGE 50, 290 (332 f.) und *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 87 m. w. N.

¹³⁰ Vgl. die *Normal Justification Thesis* von Raz, *Morality of Freedom*, 1986, Kapitel 1–4, insb. S. 53 ff., 70 f., sowie dazu *Marmor*, *Interpretation and Legal Theory*, S. 116.

me schrumpfen anerkannterweise im Laufe der Zeit im Maße gewachsener Erkenntnis. Das spricht – weil die demokratische Legitimation sich währenddessen nicht verändert – dafür, dass Prognosespielräume in Sachkompetenz gründen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und damit, spiegelbildlich, die eigene Kontrolldichte abhängig gemacht von verschiedenen Faktoren, namentlich von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter.¹³¹ Ungewissheit über die Auswirkung eines Gesetzes allein begründet einen Prognosespielraum nicht.¹³¹ Die Kriterien erhellen, dass die Frage, wie sich der Beurteilungsspielraum des Volksgesetzgebers gegenüber dem Beurteilungsspielraum des Parlaments verhält, nicht pauschal zugunsten demokratischer Legitimität oder parlamentarischer Expertise beantwortet werden kann. Vielmehr ist zu differenzieren.

Mit Blick auf die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs und die Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ergibt sich kein prinzipieller Unterschied zwischen Parlament und Volk. Je nach dem zu beurteilenden Entwurf ist der Beurteilungsspielraum größer oder kleiner. Seine Größe hängt vom Gegenstand des Gesetzes ab, nicht von der Person des Gesetzgebers. Was das dritte Kriterium angeht, die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, ist zu unterscheiden. Es gibt Materien, bei denen es dem Parlament leichter fällt, ein solches Urteil zu treffen. In diesen Bereich fallen Fragen, bei denen dem Parlament der Sachverstand seiner Ausschüsse und die Möglichkeit zugute kommen, Sachverständige zu hören usw. Hier ist der Volksgesetzgeber in der Regel, aber nicht immer im Nachteil. Sollte der Volksgesetzgeber nämlich einen entsprechenden Aufwand betreiben und beispielsweise die wissenschaftlichen Stellungnahmen zur Sache auswerten oder sollte das Parlament ein Gesetz verabschieden, ohne auf seine Ressourcen zurückzugreifen, dann sind Volksgesetzgeber und Parlament in derselben Position. Nicht die strukturellen, sondern die konkret genutzten Möglichkeiten sind zu vergleichen.

Schließlich gibt es Fragen, bei denen es auf Sachverstand von vornherein nicht ankommt. Gemeint sind etwa Entscheidungen, bei denen ausschließlich ein moralisches Urteil zu fällen ist. Ein Indiz, dass es um eine solche Frage geht, ergibt sich, wenn das Parlament entgegen den üblichen Gepflogenheiten ausnahmsweise geheim abstimmt¹³² oder gar die Fraktionsdisziplin¹³³ aufgehoben ist. Wenn richtig ist, was Biologen behaupten, dass nämlich die Frage, wann menschliches Leben beginnt, kein naturwissenschaftliches, sondern ein moralisches Problem ist, dann vermag das Volk die Fragen nach Abtreibung oder Stammzellenforschung ebenso

¹³¹ BVerfGE 50, 290 (332 f.). Diese Überlegung überträgt ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 (86, sub 10), auf das Volksgesetzgebungsverfahren.

¹³² Vgl. *Pieroth*, JuS 1991, S. 89 (92).

¹³³ Zur rechtlich zulässigen Fraktionsdisziplin gegenüber dem unzulässigen Fraktionszwang vgl. *Pieroth*, JuS 1991, S. 89 (94).

gut wie das Parlament zu beantworten. Nach alledem steht dem Volksgesetzgeber jedenfalls strukturell kein geringerer Spielraum zu als dem Parlament.

Möglicherweise kann sich der Volksgesetzgeber sogar auf einen größeren Spielraum berufen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat die Spielräume des Parlamentsgesetzgebers mit dem „demokratischen Prinzip“ und der „Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers“¹³⁴ begründet. In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass gerichtliche Kontrolle demokratietheoretisch „Schwierigkeiten“ bereite, weil sie gegen das Volk gerichtet sei.¹³⁵ Gegenüber volksbeschlossenen Normen sei verfassungsrichterliche Zurückhaltung möglicherweise „noch mehr“ angebracht als gegenüber der Volksvertretung.¹³⁶ Die Forderung sei „naheliegend“¹³⁷, dass Volksgesetze gegenüber Parlamentsgesetzen „geltungskräftiger“¹³⁷ seien, so dass die Kontrolldichte noch weiter zurückgefahren werden müsse und lediglich evidente Verfassungsverstöße geahndet werden könnten.¹³⁸

Unter der Weimarer Reichsverfassung war die Frage umstritten, ob Volksgesetzen eine höhere demokratische Legitimität zukomme als Parlamentsgesetzen. Die eine Ansicht ging davon aus, dass ein volksbeschlossenes Gesetz nicht durch das Parlament, sondern nur durch das Volk geändert oder aufgehoben werden könne.¹³⁹ Die andere Ansicht nahm die Gleichrangigkeit des parlamentarischen und des Volksgesetzgebers an.¹⁴⁰ Komparatistisch sprechen auf der Ebene der Landesverfassungen Bestimmungen gegen eine höhere demokratische Legitimität des Volksgesetzes, nach denen der Volksentscheid trotz erfolgreichen Volksbegehrens unterbleibt, wenn der Landtag den begehrten Entwurf unverändert übernommen hat.¹⁴¹ Diesen Bestimmungen liegt der Gedanke zu Grunde, dass schon mit einem Parlamentsgesetz dem Begehren des Volkes in vollem Umfang entsprochen worden und die Durchführung des Volksentscheids daher sinnlos ist. Außerdem nennen viele Landesverfassungen das Volk und die Volksvertretung als Gesetzgeber gleichberechtigt nebeneinander.¹⁴² Daher seien Volks- und Parlamentsgesetze gleichwertig.¹⁴³

¹³⁴ BVerfGE 56, 54 (81).

¹³⁵ *Parker*, „Here, the People Rule“, S. 67.

¹³⁶ *Jung*, *Leviathan* 1987, S. 242 (253).

¹³⁷ *Grawert*, *Jura* 1982, S. 300 (304).

¹³⁸ v. *Danwitz*, *DÖV* 1992, S. 601 (608).

¹³⁹ So etwa im Grundsatz *W. Jellinek*, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, § 72, S. 160 (181 f.) und *Thoma*, a. a. O., § 71, S. 116.

¹⁴⁰ *Anschütz*, *Verfassung des Deutschen Reiches*, Art. 73 Anm. 4 (S. 385 ff.); *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, S. 98; vgl. *Jürgens*, *Direkte Demokratie*, S. 136, und *Peine*, *Der Staat* 18 (1979), S. 375 (380 ff.), jeweils m. w. N.

¹⁴¹ Vgl. etwa *BW* Vf Art. 60 Abs. 1 S. 1; *By* Vf Art. 74 Abs. 4; *BI* Vf Art. 63 Abs. 1 S. 3; *Bb* Vf Art. 78 Abs. 1 S. 1; *Bm* Vf Art. 70 Abs. 1 lit. d S. 4; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 3 S. 1; *Hs* Vf Art. 124 Abs. 2 S. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 3 S. 1; *Ns* Vf Art. 49 Abs. 1 S. 1; *NW* Vf Art. 68 Abs. 2 S. 2.

Entscheidend ist aus meiner Sicht die Wertung, die das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG vorgenommen hat. Danach tritt die „Gemeindeversammlung“, also die Versammlung aller Mitglieder der Gemeinde, „an die Stelle“ einer gewählten Körperschaft. Damit erkennt das Grundgesetz die Möglichkeit der Herrschaftsausübung des Volkes durch Abstimmungen als gleichwertig an. Den unmittelbaren Mitwirkungsformen kommt derselbe Stellenwert wie den repräsentativen Legitimationsmustern zu.¹⁴⁴ Volksgesetze sind mit Parlamentsgesetzen gleichrangig, weil das Volk nicht als Souverän, sondern als Organ tätig wird.¹⁴⁵ Das gilt jedenfalls, solange nicht ausdrücklich eine andere Regelung getroffen ist.¹⁴⁶

B. Maßstab der Normsetzung

Obwohl der Volksgesetzgeber bei der Abstimmung über den Gesetzentwurf an das Gemeinwohl gebunden ist,¹⁴⁷ folgt aus dieser Bindung nicht, dass anderen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit eröffnet sein muss, das Abstimmungsergebnis daraufhin zu überprüfen, ob es dem Maßstab genügt. Denn das Demokratieprinzip erteilt Wahrheitsansprüchen eine Absage.¹⁴⁸ Obwohl es den Staat auf das Gemeinwohl verpflichtet und vorschreibt, zu treffende Entscheidungen inhaltlich am Gemeinwohl auszurichten,¹⁴⁹ enthält es nur bedingt klare inhaltliche Vorgaben.¹⁵⁰ Das Gemeinwohl ist im demokratischen Verfassungsstaat, wie gesehen, weder eine dem politischen Prozess vorausliegende noch eine staatliche Größe, sondern selbst Resultat des politischen Prozesses, der demokratischen Interaktion, und insoweit sowohl prozeduralisiert als auch variabel.¹⁵¹

¹⁴² In Nordrhein-Westfalen ist Gesetzgeber gemäß *NW Vf* Art. 3 Abs. 1 das Volk und die Volksvertretung, der Landtag. Beide stünden gleichberechtigt nebeneinander, so dass ein Volksgesetz keine geringere oder stärkere Kraft habe als die Gesetze des Landtages, so *Dästner*; *NW Vf*, Art. 3 Rn. 3; *Mann*, in: Löwer / Tettinger, *NW Vf*, Art. 68 Rn. 52.

¹⁴³ *By* VerfGHE 47, 1 (14 f., 18); *Dickersbach*, in: Geller / Kleinrahm, *NW Vf*, Art. 68 Anm. 4.

¹⁴⁴ *Schliesky*, ZG 1999, S. 91 (95).

¹⁴⁵ *Grawert*, Jura 1982, S. 300 (304).

¹⁴⁶ v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (140). Für Bürgerentscheide trifft *NW GO* § 26 Abs. 8 S. 2 eine Wertung. Danach ist der Bürgerentscheid beständiger als ein Ratsbeschluss: Vor Ablauf von zwei Jahren kann er nur auf Initiative des Rates durch einen neuen Bürgerentscheid abgeändert werden. Der Rat allein kann also den Bürgerentscheid in den zwei Jahren nicht revidieren. Aber auch die Bürgerschaft allein vermag das nicht, siehe *NW GO* § 26 Abs. 5 Nr. 10. Ähnlich *BW GemO* § 21 Abs. 1, 7 und 3, wonach für die Initiative des Rates allerdings eine Mehrheit von zwei Dritteln erforderlich ist.

¹⁴⁷ Siehe oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 2 B. (S. 102 ff).

¹⁴⁸ Vgl. *Mahrenholz*, Sondervotum BVerfGE 70, 366 (369); *Volkman*, in: Friauf / Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 26 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001).

¹⁴⁹ Oben S. 62, bei Fn. 135.

¹⁵⁰ *Ehlers*, in: Erichsen / Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 29.

Das hier für die Kontrolldichte der Gemeinwohlbindung bei der Abstimmung entwickelte Ergebnis entspricht der Rechtsprechung zur Kontrolldichte der Gemeinwohlbindung des gesetzgebenden Parlaments. Dass das gesetzgebende Parlament der Bindung an das Gemeinwohl unterliegt, wurde bereits dargelegt.¹⁵² Das parlamentarische Entscheidungsverfahren kann nicht garantieren, dass das Ergebnis wirklich das Gemeinwohl trifft, sondern es erhöht nur die Chancen.¹⁵³ Trotzdem besteht keine Möglichkeit, ein Parlamentsgesetz wegen des Verstoßes gegen diese Bindung aufzuheben, sei es, weil die Mehrheitsmeinung im Parlament per definitionem das Gemeinwohl *ist*, sei es, weil es einem Gericht funktionell-rechtlich verwehrt ist, die eigene Gemeinwohlbeurteilung an die Stelle der Parlamentsentscheidung zu setzen.¹⁵⁴ Diesen Befund kann man verkürzen zu der Aussage, dass parlamentarische Gesetze Gemeinwohlqualität haben. Genauso verhält es sich mit Volksgesetzen.

Die Gemeinwohlbindung des (Volks- wie Parlaments-)Gesetzgebers ist also nicht justitiabel. Das Grundgesetz kennt auch sonst Verfassungserwartungen, die nicht eingeklagt oder sanktioniert werden können.¹⁵⁵ Wie diese ist auch die Gemeinwohlbindung nicht bedeutungslos, sondern – wie alle objektiv-rechtlichen Verpflichtungen, die nicht subjektiv-rechtlich bewehrt sind – wichtig als Leitbild des Handelns. Die Rechtsordnung vertraut eben in manchen Bereichen darauf, dass sich die Rechtsunterworfenen vom Recht auch dann steuern lassen, wenn sie zu (objektiv) rechtmäßigem Handeln durch die Gerichte nicht gezwungen werden können. Dass dem auch bei der Abstimmung so ist, liegt besonders nahe: Einzelne Richter können die politische „Subsumtion“ unter das Gemeinwohlkriterium auch nicht plausibler leisten als die demokratisch höher legitimierte Gemeinschaft der Abstimmenden.

Drittes Kapitel

Prozessrecht

Rechtsschutz findet nicht nur durch die Gerichte statt. Das Grundgesetz bindet alle Staatsgewalt an das Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), insbesondere an die Grund-

¹⁵¹ *Frankenberg*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein, AK-GG Bd. 2, Art. 20 Abs. 1–3 I Rn. 36 (Stand: Grundwerk 2001); *Grimm*, Recht und Staat, S. 13 ff., 21 ff., 45 ff.; *Volkmann*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 28 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001).

¹⁵² Siehe oben S.159, Fn. 123.

¹⁵³ BremStGH, NVwZ-RR 2001, S. 1 (2); zustimmend *Rinken*, in: Festschrift Hollerbach, S. 403 (423).

¹⁵⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 293; *Schlink*, Abwägung, S. 211.

¹⁵⁵ Vgl. etwa *Kunig*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Kap., Rn. 189.

rechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Daher sind auch Gesetzgeber und Verwaltung in der Pflicht, subjektive Rechte (insbesondere Grundrechte) und objektives Recht (insbesondere Kompetenznormen) zu achten und zu schützen. Die mit dem Volksgesetzgebungsverfahren befassten Behörden (Abstimmungsbehörden) müssen daher die Grundrechte und Kompetenzen der volksgesetzgebenden Bürger anerkennen.

Gleichwohl sind es in erster Linie die Gerichte, die Rechtsschutz gewähren. Welche Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, hängt davon ab, ob um ein subjektives Recht oder um eine Kompetenz gestritten wird. Sofern der Bürger im Volksgesetzgebungsverfahren grundrechtsberechtigt agiert, wird sein Grundrecht durch die (ihrerseits grundrechtlich verbürgte) Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG abgesichert. Kompetenzen sind dagegen keine Rechte im Sinne dieser Vorschrift („in seinen Rechten“),¹⁵⁶ so dass der Gesetzgeber, der den Rechtsschutz gestaltet, in diesen Fällen schwächeren Bindungen unterliegt. Weil die Grundrechtsgeltung Konsequenzen für den Rechtsschutz zeitigt, wird folgend nach Grundrechtsverhältnissen (Staat und Bürger), in denen die Grundrechte gelten, und Organisationsrechtsverhältnissen (Träger von Staatsgewalt untereinander), in denen die Grundrechte nicht gelten, unterschieden. Es gilt, die verwaltungs-, landesverfassungs- und bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten zu erörtern, die auf den verschiedenen Stufen des Volksgesetzgebungsverfahrens bestehen. Dabei kann eine vollständige Darstellung der Zulässigkeitsvoraussetzungen und der Begründetheitsmaßstäbe nicht angestrebt werden. Es geht nur darum, die prozessrechtlichen Konsequenzen aus den bisher gewonnenen Ergebnissen zu ziehen. Der vorläufige Rechtsschutz bleibt außen vor.

§ 1 Grundrechtsverhältnisse

A. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Die Verwaltungsgerichte entscheiden gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art. Sie sind daher, wie ausgeführt werden soll, zuständig, wenn es um (I.) Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Abstimmungskampf, der Zielfindung und der Entwurfsfassung geht. Gleiches gilt nach der hier vertretenen Auffassung, wenn darum gestritten wird, ob (II.) der Antrag auf Zulassung des Begehrens zulässig ist. Schließlich gewähren die Verwaltungsgerichte auch Rechtsschutz (III.) gegen grundrechtswidrige Volksgesetze.

¹⁵⁶ Siehe die Nachweise oben S. 133, Fn. 6.

I. Abstimmungskampf, Zielfindung, Entwurfsfertigung

Nach der oben entwickelten Abgrenzung können sich Bürger im Abstimmungskampf auf ihre Grundrechte berufen. Dieses Recht können sie vor den Verwaltungsgerichten verteidigen, weil der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Denn es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Mit dem Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit bezieht sich § 40 VwGO auf ein „Grundlagenproblem der Rechtswissenschaft“.¹⁵⁷ Wann eine solche Streitigkeit vorliegt, ist umstritten. Die Frage wird zumeist anhand der modifizierten Subjektstheorie beantwortet.¹⁵⁸ Die Basis dieser Theorie, die Subjektstheorie, wird auch Sonderrechts- oder Zuordnungslehre genannt und sieht den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht in der Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte der jeweiligen Rechtsnormen. Zuordnungssubjekt des Privatrechts sind beliebige Personen, Zuordnungssubjekt des öffentlichen Rechts sind der Staat oder andere öffentliche Rechtssubjekte,¹⁵⁹ weil das öffentliche Recht eben deren Sonderrecht¹⁶⁰ darstellt. Weil unstreitig ist, dass Träger hoheitlicher Gewalt auch Subjekte von Rechtssätzen des Privatrechts sein und dass Privatpersonen als Beliehene öffentliche Gewalt ausüben können, wird die Subjektstheorie nur noch modifiziert vertreten. Auf Hans Julius Wolff aufbauend ist eine Norm nur dann eine des öffentlichen Rechts, wenn sie einen Hoheitsträger als solchen (so die einen¹⁶¹) oder ausschließlich (so die anderen¹⁶²) berechtigt oder verpflichtet. Damit ist privates Recht als nur bürgergerichtet, das öffentliche Recht als auch staatsgerichtet definiert. Diese Abgrenzung anerkennt einen vom Staat separierten Raum der Bürger und reflektiert so die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft.¹⁶³

Die Kriterien, nach denen die Frage zu beurteilen ist, ob ein Träger von Staatsgewalt angesprochen wird (sei es als solcher oder ausschließlich), liefert die Theorie nicht.¹⁶⁴ Insofern kann, wo erforderlich, mit Ehlers grundsätzlich auf die Subordinations- und die Interessentheorie zurückgegriffen werden.¹⁶⁵ Im Volksgesetzgebungsverfahren erscheint der Rückgriff auf diese Theorien aber entbehrlich, sofern man mit dieser Abhandlung die Abgrenzung, inwiefern Staatsgewalt ausgeübt

¹⁵⁷ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 14.

¹⁵⁸ Zu den einzelnen Theorien, ihren Schwächen und der Möglichkeit ihrer Kombination vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 53 ff., 61 ff.

¹⁵⁹ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 53 f.

¹⁶⁰ Vgl. die oben S. 57, Fn. 100, Genannten.

¹⁶¹ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 62; ders., in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 26; O. Mayer, Verwaltungsrecht, S. 15; H. J. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 22 Rn. 27.

¹⁶² H. J. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 22 II c), S. 99.

¹⁶³ D. Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 166.

¹⁶⁴ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 62.

¹⁶⁵ Ehlers, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 30; ders., Verwaltung in Privatrechtsform, S. 62.

wird, dem Grundgesetz entnimmt. In den oben als grundrechtlich identifizierten Rechtsverhältnissen streiten die Bürger als solche gegen den Staat, den die Grundrechte als solchen und ausschließlich binden. Daher ist dieser Streit um Grundrechte stets eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Von den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gehören vor das Verwaltungsgericht gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO nur Streitigkeiten, die nicht verfassungsrechtlicher Art sind. Die Vorschrift grenzt damit Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit voneinander ab.¹⁶⁶ Ausgeschlossen sind Streitigkeiten zwischen Staatsorganen untereinander, über die traditionell alleine die Verfassungsgerichte entscheiden sollen (Stichwort: Staatsgerichtshof, Art. 108 WRV).¹⁶⁷ Eine Streitigkeit ist daher nach herrschender Meinung verfassungsrechtlicher Art, wenn „unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Subjekte“ unmittelbar über materielles Verfassungsrecht streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).¹⁶⁸ Streitbeteiligte und Streitstoff müssen im Kern verfassungsrechtlicher Natur sein,¹⁶⁹ beide Streitbeteiligte also überhaupt erst mit eigenen, unmittelbar verfassungsrechtlichen Rechten und Pflichten ausgestattet sein.¹⁷⁰

Unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt ist der Bürger als solcher gerade nicht.¹⁷¹ Nach der herrschenden Meinung kann es daher grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Staat und Bürger geben.¹⁷² Insbesondere sind Klagen wegen der Verletzung eines Grundrechts stets Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art.¹⁷³ Daher ist für die Volksgesetzgebung zu differenzieren. Nur dort, wo die Verfassung (nicht also das Kommunal- oder das ein-

¹⁶⁶ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 6.

¹⁶⁷ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 6. Zum Staatsgerichtshof unter der Weimarer Reichsverfassung vgl. Gusy, Weimarer Reichsverfassung, S. 209 ff.; Hartmann, BYU Journ. of Publ. L. 18 (2004), S. 107 (113).

¹⁶⁸ BVerwG, NJW 1976, S. 637 (638); Erichsen, Jura 1994, S. 418 (422); Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 69; Kintz, Öffentliches Recht, Rn. 111; Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 56; Tettinger/Wahrendorf, Verwaltungsprozessrecht, § 9 Rn. 25 (S. 85). Vgl. auch BVerfGE 1, 208 (221); 27, 240 (246). A.A. Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), § 40 Rn. 143 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 32a ff. Vgl. außerdem Kraayvanger, Verfassungsrechtliche Streitigkeit, S. 17 f., 22 ff. mit Nachweisen weiterer Auffassungen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Abgrenzung, wann eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, als „nicht ganz eindeutig“ möglich bezeichnet (BVerwGE 24, 272 (279); vgl. dazu Menger/Erichsen, VerwArch 59 (1968), S. 167 (174 f.)). Weil es dieser Abhandlung um grundgesetzliche Konsequenzen geht, können die abweichenden Konzeptionen hier außen vor bleiben.

¹⁶⁹ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 69.

¹⁷⁰ Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 56.

¹⁷¹ Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn. 116.

¹⁷² BVerwGE 51, 69 (71); 80, 355 (358). A.A. Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), § 40 Rn. 143; ihm folgend Kraayvanger, Verfassungsrechtliche Streitigkeit, S. 131; Rennert, in: Eyermann (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 21.

¹⁷³ BVerwGE 80, 355 (358).

fache Abstimmungsrecht) Kompetenzen zur Volksgesetzgebung einräumt, stellt sich überhaupt die Frage, ob der Bürger als Grundrechtsberechtigter oder als Kompetenzträger angesprochen ist.¹⁷⁴ Räumt die Landesverfassung (oder theoretisch: die Bundesverfassung) dem Bürger eine (dann verfassungsrechtliche) Kompetenz ein, ist sein Streit mit dem Staat ausnahmsweise doch den Verwaltungsgerichten entzogen. Verteidigt der Bürger dagegen seine Grundrechte, dann handelt es sich um eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit; die Verwaltungsgerichte sind zuständig.¹⁷⁵ Für die hier zu erörternden grundrechtlichen Rechtsverhältnisse¹⁷⁶ sind Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen statthaft, wenn der Kläger gemäß § 42 Abs. 2 VwGO geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung „in seinen Rechten“, also insbesondere in Grundrechten, verletzt zu sein. Bürger, die am Abstimmungskampf teilnehmen, ihr Ziel formulieren oder den Gesetzentwurf in Worte fassen, können also nach der hier vertretenen Auffassung ihre Grundrechte vor den Verwaltungsgerichten verteidigen.

II. Antrag auf Durchführung des Begehrens

Der Antrag auf Durchführung des Begehrens wird, wenn erforderlich, in einem eigenen Zulassungsverfahren beschieden.¹⁷⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich bei der Antragstellung um Grundrechtsgebrauch. Wenn die Bürgerinnen und Bürger den Antrag stellen, machen sie von einer Möglichkeit Gebrauch, die ihnen das einfache Recht gewährt. Dieses Verhalten ist grundrechtlich durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Wenn nun die Verwaltung den Antrag abschlägig bescheidet, etwa mit dem Argument, die Anzahl der Unterschriften genüge nicht, können sich die Bürger dagegen vor dem Verwaltungsgericht wehren. Der abschlägige Bescheid stellt (wenn nicht eine Verletzung des einfachgesetzlich gewährten subjektiven Rechts auf Antragstellung, dann jedenfalls) einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit dar. Er ist durch das Abstimmungsrecht als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 2 Abs. 1 GG) nur gerechtfertigt, wenn die Anzahl der Unterschriften tatsächlich zu niedrig liegt.

¹⁷⁴ Vgl. VGH Kassel, NVwZ 1991, S. 1098 (1098 f.).

¹⁷⁵ BVerwGE 80, 355 (357 f.); VGH Kassel, NVwZ 1991, S. 1098 (1098); *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 56.

¹⁷⁶ Zu den (kompetenziellen) Organisationsrechtsverhältnissen siehe unten in diesem Kapitel, § 2.

¹⁷⁷ *BW* VABstG §§ 25 ff.; *By* LWG Art. 64 ff.; *Bl* VInG §§ 4 ff.; *Bm* GVfVe § 10; *Hs* GVBVE §§ 2 ff.; *MV* VaG §§ 13 ff.; *RP* LWG §§ 62 ff.; *Sl* VABstG §§ 2 ff.; *SA* VABstG §§ 10 ff.; *Th* BVVG §§ 10 ff.

III. Rechtsschutz gegen Volksgesetze

Auch noch nachdem ein Volksgesetz beschlossen, ausgefertigt und verkündet wurde, stellt sich die Frage, ob die Verwaltungsgerichte Rechtsschutz gegen Volksgesetze gewähren. Dabei birgt der inzidente Rechtsschutz gegen ein Volksgesetz keine besonderen Probleme. Er obliegt den Verwaltungsgerichten im Rahmen der Entscheidung über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Ob die streitentscheidende Norm dem Öffentlichen Recht angehört, ist bei Volksgesetzen auf dieselbe Weise zu prüfen, nach der Parlamentsgesetze qualifiziert werden.

Für formelle Gesetze greift freilich gemäß Art. 100 Abs. 1 GG das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts.¹⁷⁸ Die Vorschrift erfasst Bundes- und Landesrecht, wie Satz 2 des Absatzes zeigt.¹⁷⁹ Dabei gilt für volksbeschlossene Gesetze nichts anderes als für repräsentativ beschlossene Gesetze. Denn dass der Begriff des Gesetzes in Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG formell zu verstehen ist, folgt zum einen aus Respekt vor dem demokratisch legitimierten Parlament¹⁸⁰ und zum anderen, so das Bundesverfassungsgericht, aus dem Ziel, Widersprüchlichkeiten in der Rechtsordnung zu vermeiden.¹⁸¹ Beide Gründe gelten gleichermaßen für Volksgesetze, die anstelle von Parlamentsgesetzen erlassen werden (volksbeschlossene formelle Gesetze), also für Volksentscheide auf Landesebene. Wenn nicht das Parlament, sondern das Landesstaatsvolk selbst handelt, greift das demokratische Argument mindestens in gleicher Weise, und Widersprüchlichkeiten in der Rechtsordnung können auch divergierende Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Volksgesetzen verursachen. Geht ein Gericht¹⁸² also davon aus, dass die Vorschrift eines formellen Volksgesetzes Grundrechte des Grundgesetzes verletzt, muss es gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG das Verfahren aussetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen.

Das Verwerfungsmonopol des Art. 100 GG erfasst dagegen nur materielle Gesetze nicht.¹⁸³ Solche Gesetze sind vom Volk verabschiedet nur als kommunale Satzungen denkbar. Denn die geltenden Volksgesetzgebungsverfahren erlauben es dem Volk nur, anstelle des Landesparlaments formelle Landesgesetze, nicht aber anstelle der Landesregierung Rechtsverordnungen zu erlassen. Kommunale Sat-

¹⁷⁸ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 135, 141.

¹⁷⁹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 100 Rn. 6; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 141.

¹⁸⁰ BVerfGE 68, 337 (344 f.); 86, 71 (77); BVerwGE 117, 313 (320).

¹⁸¹ BVerfGE 1, 184 (199); 42, 42 (49 f.); 63, 131 (141). Dieser Grund ist jedoch nicht der tragende, andernfalls das Bundesverfassungsgericht entgegen BVerfGE 1, 184 (201); 48, 40 (44 f.) auch bundesweit geltende Rechtsverordnungen unter „Gesetz“ im Sinne des Art. 100 GG fassen müsste.

¹⁸² Erfasst sind auch die Landesverfassungsgerichte, wie sich aus Art. 100 Abs. 3 GG ergibt; vgl. auch sub B. a. E. (S. 177).

¹⁸³ Zu den Begriffen des formellen und materiellen Gesetzes siehe oben auf S. 88 f. bei Fn. 100.

zungen, die der Rat beschlossen hat, fallen nicht unter das Verwerfungsmonopol des Art. 100 GG.¹⁸⁴ Die Gründe dafür werden selten expliziert. Sie mögen darin liegen, dass Satzungen nur innerhalb des Gemeindegebiets gelten. Widersprüchlichkeiten in der Rechtsordnung erscheinen auf einem begrenzten Gebiet weniger schädlich, und auch der Rat, demokratisch nur von einem Teilvolk legitimiert, genießt geringere demokratische Wertschätzung als das Parlament, das vom gesamten Landesvolk berufen ist. Wenn es weder als systemgerecht noch als vereinbar mit der Stellung und der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts erscheint, Normen, die wegen ihrer geringen Bedeutung typischerweise als Rechtsverordnung erlassen werden, dem Verwerfungsmonopol des Art. 100 GG zu unterwerfen,¹⁸⁵ dann muss dasselbe auch für Satzungen gelten. Hinzu kommt, dass wesentliche Fragen nach der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes ohnehin nicht per Satzung geregelt werden dürfen.¹⁸⁶

Wenn ratsbeschlossene Satzungen nicht unter das Verwerfungsmonopol des Art. 100 Abs. 1 GG fallen, kann für bürgerentschiedene Satzungen nichts anderes gelten. Auch sie regeln nämlich nur unwesentliche Fragen innerhalb der engen Grenzen des Gemeindegebiets, und wenn das Teilvolk in der Gemeinde dem Rat keine vor Art. 100 GG hinreichende demokratische Legitimation vermitteln kann, dürfte nichts anderes gelten, wenn das Teilvolk selbst agiert.

Bürgerentschiedene Satzungen können daher wie Ratssatzungen im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit bekämpft werden. Zuständig sind die Verwaltungsgerichte (inzident im Rahmen einer herkömmlichen Klage) und das Oberverwaltungsgericht, ggf. als prinzipale Normenkontrolle (sowie schließlich, nach Erschöpfung des Rechtswegs, das Bundesverfassungsgericht, im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG).¹⁸⁷ Dabei fallen Anträge gegen Satzungen, die aufgrund des Baugesetzbuches verabschiedet wurden, gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO stets in die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts.¹⁸⁸ Für Anträge gegen andere landesrechtliche Vorschriften muss das Landesrecht die Normenkontrolle ausdrücklich zulassen (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO). Von dieser Möglichkeit haben alle Länder außer Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen Gebrauch gemacht.¹⁸⁹

¹⁸⁴ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 141 (trotz der abweichenden Formulierung in Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG: „Landesrecht“). Vgl. BVerfGE 1, 202 (206) („nur ... *formelles* Gesetz“, Hervorhebung dort); BVerfGE 56, 1 (11) („nur Gesetze im formellen Sinn“ mit dem Prädikat „st. Rspr.“).

¹⁸⁵ So BVerwGE 117, 313 (320 f.).

¹⁸⁶ Vgl. oben S. 160, Fn. 126.

¹⁸⁷ Vgl. im Einzelnen *Stober*, Kommunalrecht, S. 275 f.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 506 ff.

¹⁸⁸ Bauplanungsrecht ist jedoch nicht immer ein zulässiger Gegenstand der Volksgesetzgebung, vgl. die Nachweise oben auf S. 30, bei und in Fn. 21.

¹⁸⁹ *Clausing*, JuS 2004, S. 298 (298, Fn. 2); *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 47 Rn. 21. Dort auch Nachweise der Vorschriften, durch welche

B. Landesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz

Können im Abstimmungskampf Eingriffe, die in die Grundrechte des Grundgesetzes erfolgen, auch vor den Landesverfassungsgerichten bekämpft werden? Landesverfassungsgerichte unterhalten bis auf Schleswig-Holstein alle Länder. Dabei sind die Bezeichnungen Verfassungsgericht, Verfassungsgerichtshof oder Staatsgerichtshof üblich.¹⁹⁰ Die Mehrheit der Länder hat außerdem die Möglichkeit ergriffen, die Landesverfassungsbeschwerde einzurichten.¹⁹¹ Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen im Abstimmungskampf erreicht der Bürger auf diesem Weg jedoch nicht in allen Fällen. Zum Ersten ist eine Landesverfassungsbeschwerde bisweilen nur zulässig, „soweit nicht in derselben Sache Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben ist oder wird“. So liegt der Fall in Berlin, Brandenburg und Hessen.¹⁹² Zum Zweiten ist die Landesverfassungsbeschwerde nicht immer gegen alle Akte der öffentlichen Gewalt zulässig: Sachsen-Anhalt erlaubt die Verfassungsbeschwerde nur gegen ein „Landesgesetz“,¹⁹³ worunter das sachsen-anhaltinische Verfassungsgericht nur formelle Gesetze fasst.¹⁹⁴ Besonderheiten gelten auch in Mecklenburg-Vorpommern, das die beiden beschriebenen Beschränkungen kennt.¹⁹⁵ Drittens und hauptsächlich kommt es aber auf die umstrittene Frage an, ob die Landesverfassungsgerichte überhaupt berechtigt oder gar verpflichtet sind, die Vereinbarkeit von Akten der Landesstaatsgewalt mit den Grund-

die anderen Länder die Normenkontrolle uneingeschränkt oder, wie in Bayern und Rheinland-Pfalz, eingeschränkt eingeführt haben.

¹⁹⁰ Vgl. die Übersicht bei *Sobota*, DVBl. 1994, S. 793 (793 Fn. 1), sowie *Lange*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, S. 289 (289). Für Schleswig-Holstein ist das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 43 Abs. 4, Art. 44 *SH* Vf in Verbindung mit Art. 99 Alt. 1 GG zugleich als Landesverfassungsgericht tätig.

¹⁹¹ *Bl* Vf Art. 84 Abs. 2 Nr. 5; *Bb* Vf Art. 6 Abs. 2 S. 1, Art. 113 Nr. 4; *By* Vf Art. 48 Abs. 3, Art. 66, 120; *Hs* Vf Art. 131 Abs. 1 i. V. m. StGHG §§ 43 ff. (Grundrechtsklage); *MV* Vf Art. 53 Abs. 1 Nr. 6, 7; *Ns* Vf Art. 54 Nr. 5, StGHG § 8 Nr. 10, § 36 (für Gemeinden und Gemeindeverbände); *RP* Vf Art. 130a, Art. 135 Abs. 1 Nr. 4, VerfGHG § 2 Nr. 2, §§ 44 ff.; *Sl* Vf Art. 97 Nr. 4 i. V. m. VerfGHG § 9 Nr. 13, §§ 55 ff.; *Ss* Vf Art. 81 Abs. 1 Nr. 4; *SA* Vf Art. 75 Nr. 6; *Th* Vf Art. 80 Abs. 1 Nr. 1; nicht aber Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein. Die Einführung der Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 90 Abs. 3 BVerfGG zulässig, vgl. *Hömig*, in: Seifert/Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 93 Rn. 19; *Pestalozza*, Einführung, in: Verfassungen, Rn. 191; *Sobota*, DVBl. 1994, S. 793 (793), aber nicht grundgesetzlich geboten, vgl. *Menzel*, Landesverfassungsrecht, S. 532 Fn. 111.

¹⁹² Die zitierte Wendung findet sich in *Bb* VerfGG § 45 Abs. 1 und in *Hs* StGHG § 43 Abs. 1 S. 2. Ganz ähnlich formuliert *Bl* Vf Art. 84 Abs. 2 Nr. 5.

¹⁹³ *SA* Vf Art. 75 Nr. 6; dazu *Pestalozza*, LKV 1994, S. 11 (14).

¹⁹⁴ *SA* VerfG, LVerfGE 4, 401 (404 ff.), im Anschluss an *Pestalozza*, LKV 1994, S. 11 (14).

¹⁹⁵ Verfassungsbeschwerden gegen ein Landesgesetz sind gemäß *MV* Vf Art. 53 Nr. 6 ohne weiteres, wegen der Verletzung von den genannten Landesgrundrechten gemäß Nr. 7 der Vorschrift dagegen nur zulässig, „soweit eine Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nicht gegeben ist.“

rechten des Grundgesetzes zu prüfen.¹⁹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat schon vor dreißig Jahren, 1974, eine eindeutige Antwort gegeben: Landesverfassungsgerichte sind darauf beschränkt, anhand der Landesverfassung zu entscheiden!¹⁹⁷ Das haben die Landesverfassungsgerichte akzeptiert,¹⁹⁸ und auch die Literatur folgt dieser „nicht unangefochtenen“¹⁹⁹ Rechtsprechung ganz überwiegend.²⁰⁰

¹⁹⁶ Seit dem *Honecker*-Beschluss des Berliner Verfassungsgerichtshofs (BerlVerfGH NJW 1993, S. 515, vgl. BerlVerfGH NJW 1993, S. 513, sowie *Gehb*, DÖV 1993, S. 470 ff., *E. Klein/Haratsch*, JuS 1994, S. 559 ff., *Pestalozza*, NVwZ 1993, S. 340 ff., und *Rozek*, AöR 119 (1994), S. 450 ff.) lag ein Schwerpunkt der Diskussion auf der – spiegelverkehrten – Frage, ob ein Landesverfassungsgericht einfaches Bundesrecht an den Grundrechten der Landesverfassung messen darf. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst (differenzierend) entschieden, als es im Rahmen einer Divergenzvorgabe gemäß Art. 100 Abs. 3 GG den Landesverfassungsgerichten die Kompetenz zusprach, sofern es um einfaches Bundesprozessrecht (hier: ZPO) geht (BVerfGE 96, 345 (363 ff.), dazu *Dietlein*, Jura 2000, S. 19 ff.; *E. Klein/Haratsch*, JuS 2000, S. 209 ff.; *Tietje*, AöR 124 (1999), S. 282 (285 ff.); vgl. *Enders*, JuS 2001, S. 462 ff., zu den Konsequenzen für die Bundesverfassungsbeschwerde). Ob die Rechtsprechung auf das einfache materielle Bundesrecht zu übertragen ist, hat das Bundesverfassungsgericht offen gelassen (BVerfGE 96, 345 (362)).

¹⁹⁷ BVerfGE 36, 342 (368); 96, 345 (374); 103, 332 (349 ff.). Anders ohne nähere Erläuterungen aber BVerfGE 60, 175 (206 f.); 69, 112 (117 f.).

¹⁹⁸ So die Einschätzung etwa bei *Gehb*, DÖV 1993, S. 470 (471); *E. Klein/Haratsch*, JuS 2000, S. 209 (213 Fn. 59); *Storr*, ThürVBl 1997, S. 121 (123). Vgl. nur *By* VerfGHE 3, 53 (65); 26, 28 (33 f.); 41, 59 (59 Ls. 1, 65); 45, 33 (33 Ls. 3, 41); *By* VerfGH BayVBl 1995, S. 270 (272); *Bl* VerfGH, NJW 1993, S. 513 (514), inzident ebenso in NJW 1993, S. 515 (516 f.); *Bb* VerfGH, LVerfGE 2, 179 (181); *Hs* StGH, ESVGH 17, 18 (36); NJW 1999, S. 49 (50) (dazu *Tiedemann*, DÖV 1999, S. 200 (203 f.)); *RP* VerfGH JZ 1951, S. 693 (694) (mit insoweit zust. Anm. *Schäfer*, JZ 1951, S. 694 (695)).

¹⁹⁹ So die Bewertung von *H. H. Klein*, in: Festschrift Graßhof, S. 367 (370). A.A. *Berg*, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 529 (538) (Begrenzung des Prüfungsmaßstabs auf die Landesverfassung „unbestritten“); *Gehb*, DÖV 1993, S. 470 (471) („Gegenmeinungen in der Literatur sind nicht ersichtlich“). Zu den wenigen Stimmen der Mindermeinung siehe sogleich die Nachweise in Fn. 200 a. E. (S. 174).

²⁰⁰ Für die Begrenzung des Prüfungsmaßstabs auf die Landesverfassung etwa *Berg*, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 529 (538, vgl. auch S. 547); *Bethge*, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 17 (28 f.); *Dietlein*, NVwZ 1994, S. 6 (8); *ders.*, in: Festschrift VerfGH NW, S. 203 (218); *Friesenhahn*, in: Festschrift BVerfG I, S. 749 (755); *Gehb*, DÖV 1993, S. 470 (472); *E. Klein/Haratsch*, JuS 1994, 559 (561); *dies.*, JuS 2000, 209 (213); v. *Olshausen*, Landesverfassungsbeschwerde und Bundesrecht, S. 105; *Piero*, in: Jarass/Piero, Grundgesetz, Art. 100 Rn. 21; *Rozek*, Landesverfassungsgerichte, S. 284; *Rüfner*, DÖV 1967, S. 668 (668); *Sachs*, DÖV 1982, S. 595 (597); *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 350; *Schumann*, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 149 (201); *Stern*, BayVBl 1976, S. 547 (549) („grundsätzlich“); *ders.*, Staatsrecht, Bd. I, § 19 III 5 d β (S. 708); *Tilch*, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 551 (558); wohl auch *H. H. Klein*, in: Festschrift Graßhof, S. 367 (371) („zweifelhaft“); *Storr*, ThürVBl 1997, S. 121 (123) („eine Rolle spielen, etwa“). Einige der genannten Autoren machen die Einschränkung, dass immerhin die Verfassungsmäßigkeit jener Vorschrift der Landesverfassung, die den Prüfungsmaßstab der Entscheidung enthält, als „Vorfrage“ inzidenter am Grundgesetz gemessen werden darf. Zur parallelen Argumentation unter der Weimarer Reichsverfassung vgl. *Hartmann*, BYU Journ. of Publ. L. 18 (2004), S. 107 (116).

Entscheiden die Landesverfassungsgerichte nur anhand der Landesverfassung, kommt es auf die Grundrechte des Grundgesetzes nur noch in Ausnahmefällen an, etwa wenn die Landesverfassung ein Grundrecht aus dem Grundgesetz inhaltsgleich übernimmt oder darauf verweist.²⁰¹ So inkorporieren die Landesverfassungen von Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen die Grundrechte des Grundgesetzes in toto.²⁰²

Die Frage, ob die Landesverfassungsgerichte am Maßstab des Grundgesetzes zu prüfen kompetent (d. h. berechtigt und verpflichtet)²⁰³ sind, stellt sich weder nur im Zusammenhang mit Verfassungsbeschwerden (sondern auch in anderen Verfahren vor dem Landesverfassungsgericht) noch spezifisch für Volksgesetze (sondern genauso für Repräsentativgesetze). Ihre Antwort folgt auch nicht aus den im Hauptteil der Abhandlung entwickelten Ergebnissen. Das rechtfertigt es, an dieser Stelle nur eine knapp begründete Antwort zu versuchen.

Bundesverfassungsrechtlich sprechen Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG sowie Art. 100 Abs. 1, 3 GG für eine Prüfungspflicht der Landesverfassungsgerichte.²⁰⁴ Zum einen binden Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 1 Abs. 3 GG alle staatliche Gewalt an das Grundgesetz und an die Grundrechte. Die Rechtsprechung ist ausdrücklich genannt, und auch die Landesstaatsgewalt ist erfasst. Daher sind auch die Gerichte der Länder (Art. 92 GG) einschließlich des „Verfassungsgericht[s] eines Landes“ (Art. 100 Abs. 3 GG) gemeint. Zum anderen lässt sich Art. 100 Abs. 3 GG entnehmen, dass auch das Verfassungsgericht eines Landes das Grundgesetz auslegt. Daher sind die Landesverfassungsgerichte materiell-rechtlich an die Bundesverfassung gebunden und haben insbesondere die Grundrechte des Grundgesetzes zu beachten.²⁰⁵

Demgegenüber verweist die herrschende Meinung darauf, dass Landesverfassungsgerichte, wie alle Träger staatlicher Gewalt, nur aufgrund einer Kompetenz agieren können. Die Kompetenzen, in welchen Verfahren ein Landesverfassungsgericht entscheidet und welche Maßstäbe es dabei zu Grunde zu legen hat, folgen nicht aus dem Grundgesetz, sondern hängen vom Landesprozessrecht ab. Anhand des Grundgesetzes dürfe das Landesverfassungsgericht daher nur prüfen, wenn das Landesprozessrecht es dazu berechtigt habe. Denn die Absätze 3 der Art. 1, 20 und

Gegen die Begrenzung des Prüfungsmaßstabs auf die Landesverfassung soweit ersichtlich nur *Burmeister*, in: Starck / Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 399 (435 ff., insb. 435, 439, 452); *Sobota*, DVBl. 1994, S. 793 (802); *Tietje*, AöR 124 (1999), S. 282 (288). Diff. *Goos*, in: Hillgruber / Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn. 883.

²⁰¹ Dazu *Schlaich / Koriath*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 349 f.

²⁰² Gemäß *BW* Vf Art. 2 Abs. 1; *MV* Vf Art. 5 Abs. 3; *Ns* Vf Art. 3 Abs. 2 und *NW* Vf Art. 4 Abs. 1 (aufgrund von Art. 142 GG).

²⁰³ *Burmeister*, in: Starck / Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 399 (452).

²⁰⁴ *Schlaich / Koriath*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 350.

²⁰⁵ *Sobota*, DVBl. 1994, S. 793 (802).

100 GG wiesen eine solche Prüfungskompetenz schon ihrem Wortlaut nach nicht zu.²⁰⁶

Der Ausgangspunkt, dass Landesverfassungsgerichte nur aufgrund von Kompetenzen agieren und Recht nur sprechen dürfen, soweit diese Kompetenzen reichen, überzeugt. Doch dass das Landesprozessrecht die Prüfung der Grundgesetzmäßigkeit von der landesverfassungsgerichtlichen Kompetenz ausnehmen darf, will mir nicht einleuchten. Wäre das richtig, könnte das Landesprozessrecht auch die Kompetenz aller anderen Landesgerichte auf einfach-rechtliche Fragen begrenzen. Grundrechte könnten dann erstmals und ausschließlich mit der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht verteidigt werden. Das ist mit Art. 1 Abs. 3 GG, der nicht bloß das Bundesverfassungsgericht, sondern die Rechtsprechung an die Grundrechte bindet, unvereinbar, und es wird auch der Stellung, die das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht gegenüber den Fachgerichten zuweist, nicht gerecht. Daher meine ich, dass die landesprozessrechtlichen Zuständigkeiten verfassungskonform so ausgelegt werden müssen, dass sie die Prüfung der Grundrechtsmäßigkeit umfassen.

Wo der Wortlaut das nicht mehr zulässt, ist die Kompetenznorm keineswegs nichtig.²⁰⁷ Der dann eintretende Zustand, dass das Landesverfassungsgericht überhaupt nicht mehr agieren dürfte, liegt auch nicht näher an der grundgesetzlich vorgegebenen Rechtsfolge, dass auch die Grundrechte der Bundesverfassung Maßstab sein müssen. Die Rechtsfolge, dass die Kompetenznorm nichtig sei, würde die Länder zudem über Gebühr einschränken, denn ohne die zuständigkeitsbegründende Kompetenznorm wären sogar solche Verfahren vor dem Landesverfassungsgericht unmöglich, in denen es ausschließlich um Landesverfassungsrecht geht. Wo der Wortlaut eine grundgesetzkonforme Auslegung nicht zulässt, mag daher die Zuständigkeit zur Prüfung der Grundgesetzmäßigkeit als von den Absätzen 3 der Art. 1, 20 und 100 vorausgesetzt direkt aus der Bundesverfassung folgen.²⁰⁸ Dieses Ergebnis ist mit der „Selbständigkeit der Verfassungsräume“²⁰⁹ in Bund und Ländern vereinbar, denn den Landesverfassungsgerichten bleibt daneben die eigenständige und nicht einschränkbare Prüfung anhand der eigenen Landesverfassung.

Unter Landesverfassungen, nach denen das Landesverfassungsgericht über „staatsrechtliche Fragen“²¹⁰ entscheidet, bleibt die Auslegung möglich, dass auch

²⁰⁶ Rozek, Landesverfassungsgerichte, S. 68 ff., insb. S. 71 f., sowie S. 75 ff.; E. Klein/Haratsch, JuS 2000, S. 209 (213); H. H. Klein, in: Festschrift Graßhof, S. 367 (371).

²⁰⁷ Vgl. aber Sobota, DVBl. 1994, S. 793 (802): „wohl“ mit Art. 31 GG nicht vereinbar.

²⁰⁸ Bethge, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 17 (31); Burmeister, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 399 (456). A.A. Rozek, Landesverfassungsgerichte, S. 75 ff., 97 ff.

²⁰⁹ Vgl. nur BVerfGE 96, 231 (244); Tilch, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 551 (553) m. w. N.

²¹⁰ Bm Vf Art. 140 Abs. 1 S. 1; dazu Friesenhahn, in: Festschrift BVerfG I, S. 749 (755).

das Grundgesetz Maßstab sein soll. Wo dagegen der Prüfungsmaßstab ausdrücklich auf die Grundrechte der Landesverfassung verengt wird, liefert die Bundesverfassung selbst mit den Absätzen 3 der Art. 1, 20 und 100 GG die Kompetenzgrundlage für eine landesverfassungsgerichtliche Prüfung anhand der Bundesgrundrechte. Vor diesem Hintergrund sind mit Blick auf das besondere Prozessrecht der Volksgesetzgebung²¹¹ solche Regelungen unproblematisch, nach denen ein Entwurf dem Grundgesetz nicht widersprechen darf²¹² oder mit geltendem Bundesrecht vereinbar sein muss.²¹³ Dagegen verlangen Nordrhein-Westfalen²¹⁴ und das Saarland²¹⁵ nur, dass das Volksbegehren der (aus Grundgesetz, ggf. gemäß Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 2 GG in Verbindung mit Bundesrecht zu folgernden) Gesetzgebungsgewalt des Landes unterliegt. Hessen verlangt ausdrücklich nur die Übereinstimmung mit „den Bestimmungen der Verfassung“, also „der einen“ und damit „dieser“ Verfassung (der Landesverfassung).²¹⁶ In Bayern existiert keine ausdrückliche Regelung,²¹⁷ nur von der verfassungswidrigen Einschränkung eines Landesgrundrechts ist die Rede.²¹⁸ Vor diesem Hintergrund muss erstaunen, dass trotz der normativen Vielfalt (soweit ersichtlich) alle Landesverfassungsgerichte volksbegehrte Normen präventiv am Maßstab des Grundgesetzes kontrollieren.²¹⁹ Dies

²¹¹ Vgl. ausführlich *Rozek*, Landesverfassungsgerichte, S. 245 ff., S. 251 ff.

²¹² *BW Vf Art.* 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, *StGHG* § 8 Abs. 2, *VAbstG* § 27 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1 Nr. 2.

²¹³ *Bm Vf Art.* 140 Abs. 2, *GVfVE* § 9 Nr. 2 lit. b.

²¹⁴ *NW Vf Art.* 68 Abs. 1 S. 3, *VIVBVE* § 8 S. 2. Vgl. aber die bei *Schlink*, in: Festschrift *VerfGH NW*, S. 137 (144 ff., insb. 146 f.) systematisierte Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes.

²¹⁵ *SL Vf Art.* 99 Abs. 1 S. 2, *VAbstG* § 3 Abs. 1 Nr. 1.

²¹⁶ *Hs GVBVE* § 3 Abs. 2 S. 1.

²¹⁷ *Jürgens*, Direkte Demokratie, S. 101.

²¹⁸ *By Vf Art.* 98, vgl. *LWG Art.* 62 Abs. 2 S. 2. Zwar hielt sich der Bayerische Verfassungsgerichtshof zunächst für unzuständig, ein Volksbegehren am Grundgesetz zu messen, so *By VerfGHE* 18, 85 (91). Doch in jüngerer Zeit hat das Gericht eine Kehrtwende vollzogen, vgl. *By VerfGHE* 38, 51 (57 ff.), 40, 94 (101 f.) und – wieder etwas einschränkend – *VerfGHE* 43, 35 (54 f., 56). Nun misst das Gericht bei der Entscheidung darüber, ob „die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung des Volksbegehrens“ (Art. 71 Abs. 1 S. 1 *LWG*) gegeben sind, den vorgelegten Geszentwurf am Bundesrecht, das er „umfassend“ als Prüfungsmaßstab heranzieht, so *BayVerfGH*, *BayVBl* 1985, S. 523 (523, Ls. 2; 524). Danach kommt es auf die Vereinbarkeit nicht nur „mit den Kompetenznormen des Grundgesetzes“, sondern auch mit allen anderen „Bestimmungen des Grundgesetzes“ an, so *BayVerfGH*, *BayVBl* 1990, S. 367 (368).

²¹⁹ So konstatiert *Jürgens*, Direkte Demokratie, S. 101, dass alle Landesverfassungsgerichte, die zu der Frage Stellung bezogen haben, stets anhand jeglichen höherrangigen Rechts geprüft hätten. Für Bayern ist das erst neuerdings zutreffend, vgl. soeben Fn. 218. Im Übrigen prüfen anhand der Bundesverfassung etwa *Hs StGH*, *ESVGH* 32, 20 (24), sowie – aufgrund ausdrücklicher normativer Vorgabe, vgl. oben bei Fn. 212 – *BW StGH* *ESVGH* 36, 161 (162) und *BW StGH NVwZ* 1987, S. 574 ff. *NW VerfGH* hat als Begründung dafür wiederholt den Grundsatz der Bundestreue herangezogen, etwa in *NVwZ* 1982, S. 188. Das Argument verwenden ebenfalls *Hs StGH NJW* 1982, S. 1141 (1143), und *BW StGH NVwZ* 1987, S. 574 (575 f.). Gleichfalls für die Prüfung volksbegehrter Gesetze anhand der Bundesverfassung

umso mehr, als die Landesverfassungsgerichte außerhalb des Volksgesetzgebungsverfahrens davon ausgehen, dass ihr Prüfungsmaßstab allein die Landesverfassung sei.²²⁰

Sieht ein Landesverfassungsgericht ein entscheidungserhebliches (plebiszitäres oder repräsentatives) Landesgesetz als grundgesetzwidrig an, hat es das Gesetz gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.²²¹ Auch das Landesverfassungsgericht ist ein Gericht im Sinne der Vorschrift.²²² Das entspricht dem Sprachgebrauch des Verfassungsgebers. Im selben Absatz ist nämlich vom für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen „Gericht“ des Landes die Rede, und auch Abs. 3 der Vorschrift handelt vom „Verfassungsgericht eines Landes“.²²³

C. Bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz

Das Bundesverfassungsgericht ist berufen, die Grundrechte zu schützen (Art. 92, 97 Abs. 1, Art. 93 Abs. 1, Art. 1 Abs. 3 GG). Rechtsschutz in grundrechtlichen Rechtsverhältnissen, um die es hier geht, kommt im Rahmen (I.) der Verfassungsbeschwerde nach Nr. 4a des Art. 93 Abs. 1 GG und (II.) der Kommunalverfassungsbeschwerde gemäß Nr. 4b dieser Vorschrift in Frage.

Bethge, in: Starck / Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 17 (30 ff.); *Mann*, DVBl. 1990, S. 697 (697); *Tettinger*, BayVBl 1990, S. 401 (401). Ebenso für NW: *Grawert*, NWVBl 1987, S. 2 (5); *Pieroth / Kampmann*, NWVBl 1987, S. 59 (61). A.A. für Hs: *Sachs*, DÖV 1982, S. 595 (595 f.). Allgemein diff. nach Landesrecht *Gensior*, in: Starck / Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 105 (einerseits S. 114, 124, 129, 138, 145, andererseits S. 119 (für By), vgl. auch 143 f.); *Rozek*, Landesverfassungsgerichte, S. 265 ff., insb. 270 f., 278.

²²⁰ Siehe die Nachweise oben S. 173, Fn. 198.

²²¹ *Schlaich / Koriath*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 350 (für Normen der Landesverfassung); *Storr*, ThürVBl 1997, S. 121 (123) (mit Nachweisen aus der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in Fn. 24). A.A. *Dietlein*, in: Festschrift VerfGH NW, S. 203 (221 f.); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. III, Art. 142 Rn. 78. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht mehr einheitlich, vgl. *H. Dreier*, a. a. O., Fn. 208 m. w. N.

²²² BVerfGE 69, 112 (117 f.); ThürVerfGH, LVerfGE 9, 413 (429).

²²³ Die Richtervorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ist alleine für den Fall ausgeschlossen, dass das Landesverfassungsgericht im Rahmen präventiver Normenkontrolle (*Bethge*, in: Starck / Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, S. 17 (31)) mit dem Volksgesetz befasst ist. Denn vor der Verkündung fehlt es an einem „Gesetz“ im Sinne der Vorschrift, siehe BVerfGE 42, 263 (281). Ebenso Hs StGH DVBl. 1982, S. 491 (493); *Sachs*, DÖV 1982, S. 595 (598); *Grawert*, NWVBl 1987, S. 2 (6 f.). A.A. *W. Schmidt*, NVwZ 1982, S. 181 (182).

I. Verfassungsbeschwerde

Verfassungsbeschwerde kann erheben, wer beteiligtenfähig und beschwerdebefugt ist. Die Beteiligtenfähigkeit (auch Beschwerdefähigkeit genannt) regeln § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Danach kann „jedermann“ Verfassungsbeschwerde einlegen. Die Verwendung dieses Merkmals als Zulässigkeitsvoraussetzung der „Grundrechtsklage“²²⁴ legt es nahe, die Beteiligtenfähigkeit nicht allen, sondern nur grundrechtsfähigen Personen zuzugestehen.²²⁵ Kommt es für die Beschwerdefähigkeit auf die Grundrechtsfähigkeit an, ist der Bürger nur als Grundrechtsberechtigter „jedermann“ im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG und des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.²²⁶ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt: „Die Verfassungsbeschwerde ist dem einzelnen Bürger zur Verfolgung seiner Rechte gegen den Staat gegeben, sie ist kein Mittel zur Austragung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorganen ...“.²²⁷

1. Beschwerdefähige Rechte und ihre Träger

Nicht nur beschwerdefähig, sondern auch beschwerdebefugt muss der Beschwerdeführer sein. Das ist er, falls es um ein Recht geht, das ein Grundrecht oder ein grundrechtsgleiches Recht ist, und er die Möglichkeit dargetan hat, dass ihm dieses Recht zusteht und er darin verletzt ist.²²⁸

a) Gleichheit und Geheimheit der Abstimmung?

Von den Wahlrechtsgrundsätzen wurden oben lediglich die Gleichheit des aktiven Abstimmungsrechts und die Geheimheit analog Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG als auch für die Abstimmung garantiert anerkannt.²²⁹ Diese Grundsätze können vor den Landesgerichten, aber nicht per Bundesverfassungsbeschwerde verteidigt werden. Das versteht sich für die Geheimheit der Abstimmung schon deshalb, weil Art. 28 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht genannt ist und es auch kein Grundrecht gibt, das einen Anspruch auf Geheimheit verbürgt. Das Gesagte gilt aber auch für die Gleichheit des aktiven Abstimmungsrechts, wie sich aus der neueren

²²⁴ Vgl. die Nachweise oben S. 154, Fn. 100.

²²⁵ *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, § 12 Rn. 18; siehe auch *Hartmann*, JuS 2003, S. 897 (901); *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Rn. 446.

²²⁶ BVerfGE 43, 142 (148); 64, 301 (312); 96, 231 (239).

²²⁷ BVerfGE 43, 142 (148); ebenso BVerfGE 64, 301 (312). Daneben kommt der Verfassungsbeschwerde neuerdings eine Auffangfunktion zu, vgl. BVerfGE 108, 251 ff.

²²⁸ Zur Reichweite von Möglichkeits- und Wirklichkeitsprüfung mit Blick auf die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde vgl. *Hartmann*, JuS 2003, S. 897 (899 ff.).

²²⁹ Siehe oben in diesem Teil, Zweites Kapitel, § 1 C. und D. (S. 154 ff.).

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum gleichen Wahlrecht ergibt. Ursprünglich hatte das Gericht die in Art. 38 Abs. 1 S. 1 und in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG niedergelegten Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichheit der Wahl als „Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes“ aus Art. 3 Abs. 1 GG verstanden. Das hatte zur Folge, dass Verletzungen der wahlrechtlichen Allgemeinheit und Gleichheit aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG bei politischen Wahlen in Ländern und Gemeinden durch Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht gerügt werden konnten.²³⁰ Diese Rechtsprechung hat das Gericht jüngst aufgegeben.²³¹ Im Anwendungsbereich der speziellen wahlrechtlichen Gleichheitssätze der Art. 28 Abs. 1 S. 2 und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG kann nun nicht mehr auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden.²³² Das Bundesverfassungsgericht hat zur Begründung darauf hingewiesen, dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 und Art. 38 Abs. 1 GG es hier dem Bund und dort den Ländern auftrügen, die Einhaltung der verschiedenen Wahlrechtsgrundsätze zu überwachen. Die Verfassungsbeschwerde gewähre Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG jedoch allein mit Blick auf Art. 38 GG. Die Verletzung der Wahlrechtsgrundsätze bei politischen Wahlen in Ländern und Gemeinden muss der Wahlberechtigte von nun an also vor den Gerichten der Länder rügen, wobei der Instanzenzug gemäß §§ 132 ff. VwGO auch beim Bundesverwaltungsgericht enden kann. Das Bundesverfassungsgericht ist jedenfalls nicht mehr zuständig.²³³ Soweit die Wahlrechtsgrundsätze im Abstimmungsverfahren analog Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG Anwendung finden, gilt das zum Wahlrecht begründete Ergebnis also auch im Abstimmungsrecht. Nur soweit die Wahlrechtsgrundsätze analog Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gelten – also für den Fall, dass Bundesvolks Gesetzgebung möglich würde –, ist eine Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht möglich.

b) Abstimmungskampf: Grundrechte samt Chancengleichheit

Im Abstimmungskampf stehen den Bürgern die Grundrechte zur Seite. Die Rechte können vor dem Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden, sofern die Zulässigkeitsvoraussetzungen wie etwa Frist, Form und Erschöpfung des Rechtswegs gewahrt sind. Das gilt insbesondere für das Recht auf Chancengleichheit im Abstimmungskampf, das nach der hier vertretenen Ansicht nicht analog Art. 28 GG, sondern direkt gemäß Art. 3 Abs. 1

²³⁰ BVerfGE 1, 208 (237); 34, 81 (94 f., 97); 58, 177 (190).

²³¹ BVerfGE 99, 1 (8); vgl. dazu *Lange*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, S. 289 (292). Zuvor schon kritisch *Hans Meyer*, Wahlsystem und Verfassungsordnung, S. 146 ff.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 4. Aufl. 1997, Art. 38 Rn. 7; *G. Roth*, DVBl. 1998, S. 214 (216 f.) (subjektiv-rechtliche Durchsetzung der Wahlrechtsgrundsätze und Individualsphäre des Art. 3 Abs. 1 GG vs. verfassungsrechtliche Mitwirkung des Souveräns und Rechte aus dem Aktiv-Status), sowie die in BVerfGE 99, 1 (10) genannten Stimmen.

²³² BVerfGE 99, 1 (10).

²³³ BVerfGE 99, 1 (17 ff.).

GG gilt.²³⁴ Daran ändert auch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtsschutz bei den Wahlrechtsgrundsätzen nichts.²³⁵ Denn oben wurde die analoge Anwendbarkeit des Art. 28 GG hinsichtlich der Wahlrechtsgleichheit bejaht, damit das kompetenziell gewährte Abstimmungsrecht einen zusätzlichen Schutz erfährt. Mit dieser Begründung ist es nicht vereinbar zu folgern, dass Art. 3 GG verdrängt würde. Das für die zitierte Rechtsprechung maßgebliche Argument der Spezialität verfängt nur gegenüber ausdrücklich formulierten Rechtssätzen (also in der Schnittmenge von Art. 3 GG und dem unmittelbaren Anwendungsbereich der Art. 28, 38 GG), nicht aber bei analoger Anwendung der Art. 28, 38 GG.

Das Recht auf Chancengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet, dass sich die Staatsgewalt im Abstimmungskampf neutral oder jedenfalls sachlich verhält, und es steht als Grundrecht auch Einzelpersonen zu. Diese Auffassung widerspricht dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, was den Inhalt, den Inhaber und den Charakter der Berechtigung betrifft.

Mit Blick auf den Charakter der Berechtigung begreift das Bundesverfassungsgericht die Chancengleichheit nicht als Grundrecht, sondern als Kompetenz. Das Gericht geht davon aus, dass die Unterzeichner eines rechtsgültigen Volksbegehrens mit ihrer Unterschrift „*nicht nur* ihre politischen Individualrechte aus dem status activus zur Geltung“²³⁶ brächten. Vielmehr beruhe das Recht auf einer „besonderen kompetenziellen Funktion ... im Verfassungsleben“²³⁷, kurz: auf einer „Kompetenz“²³⁸, und stelle daher keine „grundrechtlich geschützt[e] Berechtigung“²³⁹ der Gesamtheit dar.

Inhaltlich versteht das Bundesverfassungsgericht unter dem „Recht auf Chancengleichheit“²⁴⁰ das „Recht auf Gewährleistung gleicher Chancen im Wettbewerb um die Stimmen bei Wahlen oder Volksentscheiden.“²⁴¹ Dabei schreibe das Grundgesetz nicht vor, ob aus dem Recht auf Chancengleichheit ein Neutralitäts- oder ein

²³⁴ Oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 3 B, sowie in diesem Teil, Zweites Kapitel, § 1 C.

²³⁵ Oben bei Fn. 231 – 233.

²³⁶ BVerfGE 96, 231 (240) (dort ohne Hervorhebung). Wenn man davon ausgeht, dass ein Rechtsträger mit derselben Handlung in demselben Rechtsverhältnis sowohl ein subjektives Recht als auch eine Kompetenz ausüben kann, dann erscheint es zweifelhaft, warum sich bei einem Zusammenfallen von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung die Grundrechtsbindung voll auf Kosten der Grundrechtsberechtigung durchsetzen können soll. Vgl. zu diesem Argument im Zusammenhang mit der Grundrechtsbindung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, an denen Grundrechtsträger beteiligt sind, *Pieroth*, NWVB1 1992, S. 85 (87).

²³⁷ So der Obersatz des Gerichts (BVerfGE 96, 231 (239 sub II.1.a)); die Subsumtion erfolgt auf S. 240 sub c.

²³⁸ BVerfGE 96, 231 (240) (mit Blick auf das Gesetzesinitiativrecht).

²³⁹ BVerfGE 96, 231 (239) (Hervorhebung dort).

²⁴⁰ BVerfGE 96, 231 (239).

²⁴¹ BVerfGE 96, 231 (238 sub 2).

Sachlichkeitsgebot folge. Unter dem (strengen) Neutralitätsgebot ist es staatlichen Stellen verwehrt, Partei zu ergreifen; sie müssen unparteiisch bleiben.²⁴² Das Sachlichkeitsgebot, weniger streng, erlaubt es dagegen durchaus, Vorzüge und Nachteile der konkurrierenden Entwürfe zu benennen, solange die Darstellung sachlich bleibt und sie nicht die eine Partei auf Kosten der anderen auf polemische, abstimmungskämpferische Weise bevorzugt.²⁴³

Was den Inhaber des Rechts auf Chancengleichheit angeht, sieht das Bundesverfassungsgericht das Recht nicht jedem einzelnen Teilnehmer am Volksgesetzgebungsverfahren gegeben, sondern nur „dem Volksbegehren“ als Ganzem. Inhaber des Rechts ist nicht der einzelne Bürger, sondern die „Gesamtheit der Unterzeichner des rechtsgültigen Volksbegehrens“,²⁴⁴ kurz: „das rechtsgültige Volksbegehren“.²⁴⁵

Diese Abhandlung bezieht die entgegengesetzte Position. Nach der hier vertretenen Auffassung gelten die Grundrechte auch im Abstimmungskampf. Dieser Dissens über den Charakter der Berechtigung wirkt fort, wenn es um den Inhalt und den Inhaber des Rechts geht. Zunächst zum Inhaber des Rechts. Das Ergebnis, dass das Recht Einzelpersonen nicht zustünde, stützt das Gericht auf bayerisches Landesverfassungsrecht. Danach sei das Recht, Gesetze zu initiieren und zu geben, nicht dem Volk als solchem oder jedem Aktivbürger gewährt, sondern aufgrund *By Vf* Art. 71 dem rechtsgültigen Volksbegehren; Gesetzgeber sei gemäß *By Vf* Art. 72 Abs. 1 der erfolgreiche Volksentscheid.²⁴⁶ Die Landesverfassung konstituiere die Gruppe der Unterzeichner zur Wahrnehmung einer bestimmten Funktion

²⁴² Vgl. zur Neutralitätspflicht gegenüber Parteien *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 21 Rn. 16, und bei Wahlen BVerfGE 44, 125 (141 ff.); 103, 111 (125 ff.); BayVerfGH, BayVerfGHE 47, 1 (12 ff.)=NVwZ-RR 1994, S. 529 (530) – Müllkonzept; *Gusy*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 21 Rn. 89 (Stand: Grundwerk 2001); *Studenroth*, AöR 125 (2000), S. 257 (259, 263 ff., 265 ff.). Wahlen und Volksentscheide verglichen *Morlok/Voss*, BayVBl 1995, S. 513 ff.

²⁴³ Zum Sachlichkeitsgebot vgl. BayVerfGH, BayVerfGHE 47, 1 (14 f.)=NVwZ-RR 1994, S. 529 (530) – Müllkonzept; VGH München, BayVBl 2004, S. 749 (750); OVG Münster, NVwZ-RR 2004, S. 283 (284 f.); *Jutzi*, ZG 2003, S. 273 (289); *Oebbecke*, BayVBl 1998, S. 641 (645).

²⁴⁴ BVerfGE 96, 231 (238 sub 2, 239 sub II.1, vor a).

²⁴⁵ BVerfGE 96, 231 (240 sub c). Das Gericht betont, direkt nachdem es als Rechtsträger „das Volksbegehren“ angesehen hat, dass das Volksbegehren auch handlungsfähig sei. Denn die bayerische Verfassung sehe dessen Vertretung durch einen Beauftragten vor (Art. 64 Abs. 2, Art. 67 Abs. 2, Art. 81 Abs. 2 *By LWG*). Was aber, wenn der Vertreter gegen den Willen der Vertretenen handelt? Wie dort, wo kein Vertreter vorgesehen ist? Was, sollte es mehrere Vertreter geben, die sich nicht einig werden? Wie kommt es, dass das Recht auf Chancengleichheit, wenn es nicht im Zusammenhang mit einem Volksentscheid, sondern bei der Wahl geltend gemacht wird, nicht nur den Parteien, sondern auch dem einzelnen Wahlbewerber zusteht (BVerfGE 21, 196 (199))?

²⁴⁶ BVerfGE 96, 231 (240). Zu den Einzelheiten der Argumentation siehe oben Vierter Teil, Erstes Kapitel, § 1.

im Verfassungsleben, nämlich dem Gesetzesinitiativrecht, im Rahmen eines geordneten, gegenseitigen Rechte- und Pflichtenverhältnisses.²⁴⁶

Nach der hier vertretenen Auffassung geht es nicht an, mit Landesrecht zu argumentieren, sofern nicht vorab gezeigt worden ist, dass aus dem Grundgesetz folgt, dass die Grundrechte im Abstimmungskampf nicht gelten.²⁴⁷ Das zu zeigen ist nach dem Gesagten nicht möglich. Wenn also die Grundrechte im Abstimmungskampf doch gelten, dann ist auch nicht nur „das Volksbegehren“ Inhaber des Rechts. Denn Grundrechte stehen primär Einzelpersonen zu. Das bringt Art. 1 Abs. 1 GG zum Ausdruck. Nur ausnahmsweise kann, unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG, der persönliche Schutzbereich auf Personenmehrheiten erweitert werden. Weil Art. 19 Abs. 3 GG eben das, eine Erweiterung, vorsieht, kann die Vorschrift nicht bewirken, dass Einzelpersonen aus dem Schutzbereich ausgeschlossen werden. Daher müssen sich auch Einzelpersonen auf das Recht auf Chancengleichheit berufen können. Adressat dieses Gleichheitsgebots ist gemäß Art. 1 Abs. 3 GG alle Staatsgewalt, also am Volksgesetzgebungsverfahren formell unbeteiligte (wie im vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall die kommunalen Mandatsträger) genauso wie zuständige Stellen (etwa der bayerische Landtag, der einen konkurrierenden Entwurf vorgelegt hatte).

Konsequenzen ergeben sich auch, was den Inhalt des Rechts betrifft. Weil das Recht auf Chancengleichheit in Art. 3 Abs. 1 GG gründet, ist es den staatlichen Stellen verboten, im Abstimmungskampf wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln.²⁴⁸ Personengruppen sind wesentlich gleich, wenn es einen gemeinsamen Oberbegriff gibt, unter den nur diese beiden Personengruppen fallen – und keine andere.²⁴⁹ Im Sachverhalt, der in Sachen Müllkonzept zu entscheiden war, ist Oberbegriff der Status als Gesetzesinitiator im Volksgesetzgebungsverfahren. Unter diesen Oberbegriff fallen der Volksgesetzgeber bzw. das Volksbegehren auf der einen und, als Initiator des Konkurrenzentwurfs, das Parlament auf der anderen Seite.²⁵⁰ Diese beiden Gruppen sind gleich zu behandeln, sofern nicht ein sachlicher Grund existiert, der die Ungleichbehandlung rechtfertigt. Weil die Abstimmungsberechtigten im Abstimmungsverfahren wie gesehen verpflichtet sind, sich ein Urteil darüber zu bilden, welcher der konkurrierenden Entwürfe dem Gemeinwohl besser entspricht, ist jedenfalls eine neutrale, ausgewogene Information über mögliche Vor- und Nachteile des einen und des anderen Entwurfs immer sachlich gerechtfertigt, eben durch das Ziel des Abstimmungsverfahrens und die Funktion der Abstimmung. Doch gibt es auch einen sachlichen Grund, der – darüber hinaus-

²⁴⁷ Zu dieser Kritik an der bundesverfassungsgerichtlichen Argumentation siehe bereits Vierter Teil, Erstes Kapitel, § 2 B.

²⁴⁸ BVerfGE 49, 148 (165).

²⁴⁹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 433.

²⁵⁰ Dass mit dem Parlament ein Träger von Staatsgewalt in der Grundrechtsprüfung erscheint, ist unerheblich, weil Art. 3 Abs. 1 GG dem Staat nicht nur die Ungleichbehandlung von Privaten und Privaten verbietet, sondern auch die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von privaten und staatlichen Gruppen.

gehend – erlaubt, Partei zu ergreifen für den einen und gegen den anderen Entwurf? Ein solcher Grund kann nicht schon darin liegen, dass die staatliche Stelle den einen Entwurf für besser hält als den anderen. Denn dann wäre jede Ungleichbehandlung gerechtfertigt. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht für staatliche Informationstätigkeit bei Wahlen entschieden, dass es Staatsorganen „von Verfassungen wegen versagt“ sei, „sich in amtlicher Funktion ... mit politischen Parteien oder Wahlbewerbern zu identifizieren und sie unter Einsatz staatlicher Mittel zu unterstützen oder zu bekämpfen, insbesondere durch Werbung die Entscheidung des Wählers zu beeinflussen.“²⁵¹ Diese Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts ist es, die schlagwortartig mit dem Begriff des Neutralitätsgebots gekennzeichnet wird.²⁵²

Ein sachlicher Grund liegt allerdings darin, dass eine staatliche Stelle, dem Landesabstimmungsrecht folgend, einen konkurrierenden Vorschlag in das Verfahren eingebracht hat.²⁵³ Wer das tun durfte, muss für den eigenen Vorschlag auch Partei ergreifen und werben dürfen. In diesem Fall braucht die staatliche Stelle dem Neutralitätsgebot nicht zu genügen, sondern bloß dem Sachlichkeitsgebot. Es ist nicht verletzt, wenn die staatlichen Stellen sachlich darüber informieren, warum der Bürger besser für ihren Vorschlag stimmen sollte.²⁵⁴ Damit sind die Stellen immer noch gegenüber der Volksinitiative und anderen Bürgern im Nachteil, die im Abstimmungskampf auch unsachlich werben dürfen. Immer noch dürfen die staatlichen Stellen nicht „gleichsam neben den beteiligten Gruppen wie eine von ihnen in den Abstimmungskampf“ eingreifen.²⁵⁵ Diesen Nachteil müssen die staatlichen Stellen hinnehmen, denn er gründet darin, dass Bürger grundrechtsberechtigt und staatliche Stellen gemeinwohlgebunden agieren.

c) Rechtsschutz gegen Volksgesetze

Der Begriff des Gesetzes in § 93 Abs. 3, § 94 Abs. 4, § 95 Abs. 3 BVerfGG umfasst auch Volksgesetze. Gegen sie bestehen vor dem Bundesverfassungsgericht

²⁵¹ BVerfGE 44, 125 (125, Ls. 1).

²⁵² OVG Münster, NVwZ-RR 2004, S. 283 (283); *Ritgen*, Bürgerbegehren und -entscheid, S. 240; *Studenroth*, AöR 125 (2000), S. 257 (259).

²⁵³ Dieses Privileg greift konsequenterweise nur für Stellen, denen die Möglichkeit eingeräumt ist, einen eigenen Vorschlag einzubringen. A.A. BayVerfGH, BayVBl 1994, S. 203 (205); *Ritgen*, Bürgerbegehren und -entscheid, S. 240. Daraus folgt, dass sich die staatlichen Organe nur innerhalb ihrer Zuständigkeit (Verbandskompetenz) äußern dürfen (ebenso mit anderer Begründung *Oebbecke*, BayVBl 1998, S. 641 (645)). Es liegt überdies nahe, dass das Privileg erst dann entsteht, wenn die Stelle von der eingeräumten Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht und einen Konkurrenzvorschlag vorgelegt hat.

²⁵⁴ A.A. *Ritgen*, Bürgerbegehren und -entscheid, S. 240.

²⁵⁵ BVerfGE 37, 84 (91); BayVerfGH 47, 32 (32) – abw. Ansicht zu VerfGH 47, 1; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 38 Rn. 14. Zu den beiden Entscheidungen vgl. *Oebbecke*, BayVBl 1998, S. 641 (642 f.).

also dieselben Rechtsschutzmöglichkeiten wie gegen Parlamentsgesetze²⁵⁶ und Ratssatzungen²⁵⁷.

Dabei ist zu beachten, dass es an der Unmittelbarkeit der Beschwer fehlt, wenn nicht das angegriffene Gesetz, sondern erst ein notwendiger oder üblicher Vollzugsakt in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingreift.²⁵⁸ An einem solchen Vollzugsakt fehlt es bei Normen, die „self executing“ sind. Die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze ist außerdem zulässig, wenn dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann, den Vollzugsakt abzuwarten. Das ist der Fall bei Vorschriften des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts²⁵⁹ und bei Gesetzen, die zu irreversiblen Entscheidungen zwingen²⁶⁰.

d) Exkurs: Rechtsprechung zum Stimmrecht

Nach dem oben Gesagten handelt es sich bei dem Recht darauf, an der Abstimmung teilzunehmen und seine Stimme abzugeben, um eine Kompetenz. Das hat zur Folge, dass dieses Recht mit der Verfassungsbeschwerde nicht verteidigt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht scheint das anders zu sehen. Es erörtert in Sachen Müllkonzept die „Individualrechte aus dem status activus“²⁶¹ samt der „im Grundgesetz gewährleistete[n] politische[n] Rechte des Aktiv-Status“²⁶², insbesondere die „Stimmrechte“²⁶³. Das Gericht prüft, ob die Verfassungsbeschwerde zulässig ist, die die Beschwerdeführerin „auf ihre Grundrechte als Unterzeichnerin des Volksbegehrens und als Stimmberechtigte stützt“.²⁶⁴ Es verneint die Zulässigkeit mit dem Hinweis, dass im Abstimmungsprüfungsverfahren der „Antrag, den Volksentscheid für ungültig zu erklären, ... nicht darauf gestützt worden [war], daß Stimmrechte der Teilnehmer am Volksentscheid verletzt seien“. Das hört sich so an, als ob das Bundesverfassungsgericht es zwar nicht im entschiedenen Fall, aber doch grundsätzlich für möglich hält, dass Teilnehmer am Volksentscheid ihre Stimmrechte mit der Verfassungsbeschwerde verteidigen.²⁶⁵

²⁵⁶ Zu Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze vgl. Lechner/Zuck, BVerfGG, § 90 Rn. 88 ff., 114 ff., 119 ff., 143.

²⁵⁷ Auch „autonome Satzungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften“ sind mit der Verfassungsbeschwerde anfechtbar, siehe BVerfGE 1, 91 (94 f.); 12, 319 (321); Lechner/Zuck, BVerfGG, § 90 Rn. 88. Zu Ratssatzungen und Art. 100 Abs. 1 GG siehe oben in diesem Kapitel, § 1 A. III. (S. 170 f.).

²⁵⁸ BVerfGE 53, 366 (389); 70, 35 (50 f.); 90, 128 (135 f.); Hartmann, JuS 2003, S. 897 (901); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1146; Lechner/Zuck, BVerfGG, § 90 Rn. 116.

²⁵⁹ BVerfGE 81, 70 (82 f.).

²⁶⁰ BVerfGE 90, 128 (136).

²⁶¹ BVerfGE 96, 231 (238 sub 1).

²⁶² BVerfGE 96, 231 (239 sub II.1.a) mit dem Prädikat „stRspr“.

²⁶³ BVerfGE 96, 231 (238 sub 2).

²⁶⁴ BVerfGE 96, 231 (237).

²⁶⁵ BVerfGE 96, 231 (238).

Das ist aber nur richtig, wenn das Stimmrecht gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ein Grundrecht oder ein grundrechtsgleiches Recht ist.²⁶⁶ Doch ist das Abstimmungsrecht aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht genannt. Gleiches gilt selbstredend für Stimmrechte, die aus dem Landesrecht folgen. Eine Analogie zu Art. 38 GG begegnet – neben den bereits oben geäußerten Bedenken – dem Einwand, dass die Aufzählung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ersichtlich abschließend gemeint ist. Für das Stimmrecht fehlt es an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke.

2. Besonderheiten bei Personenmehrheiten

Weil sich die Beschwerdefähigkeit nach der Grundrechtsfähigkeit richtet, sind Gruppen als solche nur beschwerdefähig, wenn sie grundrechtsfähig sind. Die Grundrechtsfähigkeit von Gruppen regelt Art. 19 Abs. 3 GG. Danach gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

Eine Entität ist eine juristische Person, wenn sie Zuordnungssubjekt von Rechtsnormen sein kann.²⁶⁷ Der Begriff der juristischen Person im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG verweist damit auf das einfache Recht; er macht die Grundrechtsfähigkeit von Personenmehrheiten davon abhängig, dass das einfache Recht Rechtsnormen enthält, die von diesen Personenmehrheiten handeln. Das Landesrecht ist zwar nicht in der Lage, einer Einzelperson die Grundrechtsberechtigung zu nehmen. Wohl aber vermag es (wegen der Verweisteknik des Art. 19 Abs. 3 GG) Personenmehrheiten die Grundrechtsberechtigung zu geben (und, durch eine Gesetzesänderung, der Personenmehrheit anschließend auch wieder zu nehmen).

Die Verweisteknik des Art. 19 Abs. 3 GG hat daher erstens Konsequenzen, was die Grundrechtsfähigkeit jener Menschen, die einen Antrag auf Zulassung eines Begehrens stellen, als Gruppe angeht. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt offen gelassen, ob die Gesamtheit der Unterzeichner dieses Antrags Teil der Staatsorganisation und die Verfassungsbeschwerde unstatthaft sei oder ob die Stimmberechtigten nur ihre „Individualrechte aus dem status activus“ verwirklichten.²⁶⁸ Nach der hier vertretenen Meinung sind die an der Antragstellung beteiligten Bürgerinnen und Bürger als Einzelpersonen grundrechtsberechtigt. Ob sie auch in ihrer Gesamtheit grundrechtsfähig sind, hängt davon ab, ob das einschlägige Landesrecht sie zum Zuordnungssubjekt einer Rechtsnorm macht. Das ist etwa der

²⁶⁶ Das sagt das Gericht nicht ausdrücklich. Doch gleich, nachdem das Gericht festgestellt hat, dass die Beschwerdeführerin keine „unmittelbare Verletzung ihrer Grundrechte geltend“ macht, folgt die Bemerkung, dass der Antrag nicht darauf gestützt war, dass Stimmrechte der Teilnehmer verletzt seien. Das lässt den Schluss zu, dass das Gericht in einer Verletzung des Stimmrechts der Beschwerdeführerin auch eine Verletzung ihrer Grundrechte sehen würde.

²⁶⁷ *Kemm*, JuS 1995, S. 376.

²⁶⁸ BVerfGE 96, 231 (241); ebenfalls offen gelassen in BVerfGE 60, 175 (202, 207).

Fall im bayerischen Landesrecht, wie das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit seiner Figur des geordneten Rechte- und Pflichtenverhältnisses ausgeführt hat.

Was das Volksbegehren betrifft, gesteht das Bundesverfassungsgericht der Gesamtheit der Unterzeichner das „Recht auf Chancengleichheit bei der Durchführung des Volksentscheids“ zu.²⁶⁹ Diese Berechtigung der Gruppe sei aber nicht grundrechtlich geschützt.²⁷⁰ Demgegenüber ist nach der hier vertretenen Meinung zu unterscheiden. Die am Begehren beteiligten Bürgerinnen und Bürger unterliegen der Grundrechtsbindung; zugleich genießen die am Abstimmungskampf beteiligten Bürgerinnen und Bürger den Schutz der Grundrechte. Die Unterscheidung ist leicht zu leisten, weil die vom Begehren zu erfüllenden Voraussetzungen einfach-rechtlich festgelegt sind und sein müssen. So unterliegt etwa die Sammlung der Unterstützerunterschriften der Grundrechtsbindung. Die Sammler dürfen daher Unterschriftswillige gemäß Art. 3 Abs. 1 GG nicht wegen ihres Geschlechts oder ihrer politischen Anschauungen ablehnen. Zugleich haben die Sammler, etwa bei der Erhebung und Verwendung von Daten für die Unterschriftensammlung, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu respektieren.²⁷¹ Die Werbung dafür, doch eine Unterstützerunterschrift zu leisten, ist dagegen Paradebeispiel für den „Wettbewerb um die Stimmen“ bei einem Volksbegehren. Sie ist Teil des Abstimmungskampfes und erfolgt daher grundrechtsberechtigt.

Unter welchen Voraussetzungen eine juristische Person inländisch ist, wird unterschiedlich beurteilt. Wer auf das tatsächliche Aktionszentrum abstellt,²⁷² kommt ohne weiteres dazu, die genannten Gruppen als inländisch zu qualifizieren. Wer dagegen auf die Staatsangehörigkeit der zusammengeschlossenen Personen rekurriert,²⁷³ muss weiter zur Voraussetzung machen, dass es auf die Mehrheit ankommt, und dann Köpfe zählen. Nach dieser Auffassung sind Fälle denkbar, in denen eine Gruppe von Ausländern agiert, so dass die Qualifikation als inländisch scheitert.²⁷⁴

²⁶⁹ BVerfGE 96, 231 (239). An anderer Stelle (S. 238) rekurriert das Gericht auf das „Recht auf Gewährleistung gleicher Chancen im Wettbewerb um die Stimmen bei Wahlen oder Volksentscheiden“.

²⁷⁰ BVerfGE 96, 231 (239).

²⁷¹ Vgl. zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 65, 1 (42); 80, 367 (373); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 373 f.

²⁷² *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Art. 19 III Rn. 78; *Jarass*, in: ders. / *Pieroth*, Grundgesetz, Art. 19 Rn. 17; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 148.

²⁷³ *Quaritsch*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 120 Rn. 51 ff., 71.

²⁷⁴ Das gilt jedenfalls, wenn es sich um Nicht-EU-Ausländer handelt. Zur Frage, ob nicht-deutsche Unionsbürger von Deutschengrundrechten geschützt werden, vgl. dafür *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (781); *Wernsmann*, Jura 2000, S. 657; dagegen *Störmer*, AöR 123 (1998), S. 541; *Wieland*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, Art. 12 Rdnr. 72.

Schließlich müssen die Grundrechte ihrem Wesen nach auf die inländische juristische Person anwendbar sein. Dabei kommt es nach einer Ansicht darauf an, ob die Betätigung der juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der dahinter stehenden natürlichen Personen ist (personales Substrat).²⁷⁵ Nach anderer Ansicht muss die Lage der juristischen Person mit der Situation jener natürlichen Person vergleichbar sein, die gegen den freiheitsgefährdenden Staat den Schutz der Grundrechte genießt (grundrechtstypische Gefährdungslage).²⁷⁶ Das Merkmal der wesensmäßigen Anwendbarkeit ist jedoch nur problematisch, wenn Staatsgewalt ausgeübt wird. In den grundrechtlichen Rechtsverhältnissen, die hier Gegenstand der Erörterungen sind, kommen beide Auffassungen ohne weiteres zur wesensmäßigen Anwendbarkeit. Denn die Betätigung der Bürgerinitiative kann als Ausdruck der freien Entfaltung der dort zusammengeschlossenen Personen begriffen werden. Die Gruppe befindet sich zudem mit Blick auf die staatlichen Regelungen und Maßnahmen, die den Abstimmungskampf betreffen, in derselben Situation wie der einzelne Bürger, der am Abstimmungskampf teilnimmt.

3. Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat mit dem Beschluss in Sachen Müllkonzept sein Verhältnis zu den Landesverfassungsgerichten verändert. Nach wie vor gilt, dass Landesverfassungsgerichte öffentliche Gewalt im Sinne von § 90 BVerfGG ausüben, so dass das Bundesverfassungsgericht deren Entscheidungen auf Grundrechtsverstöße überprüfen kann.²⁷⁷ Zu dieser Regel hat das Gericht nun aber eine Ausnahme formuliert für den Fall, dass landesverfassungsrechtliche Streitigkeiten in der Sache abschließend entschieden worden sind.²⁷⁸ Diese Ausnahme war das Bundesverfassungsgericht genötigt zu machen, obwohl es den Beschwerdeführern zuvor bereits die Grundrechtsberechtigung abgesprochen hatte. Denn die Beschwerdeführer hatten auch eine Verletzung der grundrechtsgleichen Gewährleistungen aus Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 1 GG gerügt.²⁷⁹ Nach der Rechtsprechung des Gerichts sind die sog. Prozessgrundrechte aber in allen gerichtlichen Verfahren zu beachten und kommen jedem zugute, der nach einfachem Prozessrecht parteifähig ist,²⁸⁰ also insbesondere auch solchen Prozessparteien, die nicht

²⁷⁵ BVerfGE 21, 362 (369); *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3, Rn. 1 (Stand: Mai 1977); *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 1, Art. 19 Rn. 38.

²⁷⁶ v. *Mutius*, in: Dolzer/K. Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 3, Rn. 114 (Zweitbearbeitung April 1975).

²⁷⁷ BVerfGE 85, 148 (157); 96, 231 (242); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 50; *Stern*, in: Festschrift Schiedermaier, S. 143 (158).

²⁷⁸ BVerfGE 96, 231 (243 f.); *Dietlein*, in: Festschrift VerfGH NW, S. 203 (220); *Lang*, DÖV 1999, S. 712 (713 Fn. 15, 18); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 50; *Sachs*, JuS 1998, S. 753 (754); *Stern*, in: Festschrift Schiedermaier, S. 143 (158). Dagegen *Goos*, in: Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, Rn. 886.

²⁷⁹ BVerfGE 96, 231 (235).

grundrechtsberechtigt sind. Die hier vertretene Auffassung ist demgegenüber in der Lage, die Frage prinzipienfest zu beantworten. Als subjektive Rechte können Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte einschließlich der Justizgrundrechte Trägern von Staatsgewalt nicht zustehen. Diese Träger können Verfassungsbeschwerden daher auch nicht zur Verteidigung von Justizgrundrechten führen.

II. Kommunalverfassungsbeschwerde

Die Kommunalverfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b) GG erlaubt es den Gemeinden und Gemeindeverbänden, das in Art. 28 Abs. 2 GG garantierte Recht auf kommunale Selbstverwaltung zu verteidigen. Dieses Recht ist zwar kein Grundrecht²⁸¹ und darf daher an dieser Stelle streng genommen nicht erörtert werden. Aber es ist ein subjektives Recht,²⁸² was Grundrechte auch sind, und daher passen die folgenden Überlegungen besser hierher als in den anschließenden Teil, der die (kompetenziellen) Organisationsrechtsverhältnisse behandelt.

Mittels der Kommunalverfassungsbeschwerde können sich Gemeinden nur gegen Verletzungen durch ein „Gesetz“ (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG) wehren.²⁸³ Darunter fallen auch Regelungen, die der Landesgesetzgeber zum kommunalen Volksgesetzgebungsverfahren trifft. Gegen Landesgesetze ist die Kommunalverfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b) GG aber nur zulässig, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann. Diesen Rechtsweg eröffnen alle Länder bis auf Hessen, Schleswig-Holstein (mangels Landesverfassungsgericht) und die Stadtstaaten Hamburg und Bremen.²⁸⁴

Das Recht auf Selbstverwaltung nach Art. 28 GG garantiert der Gemeinde unter anderem die Rechtsetzungshoheit, also die Hoheit, Ortsrecht zu erlassen.²⁸⁵ Zwar dürfte der Kommunalverfassungsgeber Bürgerbegehren und -entscheide gänzlich abschaffen. Doch das heißt nicht, dass er – solange er die Institute beibehält – in ihrer Ausgestaltung verfahren könnte, wie er wollte. Der Satzungshoheit lassen sich nämlich verfahrensrechtliche Anforderungen an das Recht des Bürgerent-

²⁸⁰ BVerfGE 96, 231 (244), ebenso bereits BVerfGE 61, 82 (104); 75, 192 (200).

²⁸¹ BVerfGE 61, 82 (103); Löwer, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 2, Art. 28 Rn. 39; Nierhaus, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 28 Rn. 34; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 11; Vogelgesang, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 28 Rn. 91 (Stand: 5. Erg.-Lfg. 2002).

²⁸² Ehlers, DVBl. 2000, S. 1301 (1305); Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041 f.); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 28 Rn. 11 (einem Grundrecht „strukturell vergleichbar“); Vogelgesang, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 28 Rn. 126 (Stand: 1. Erg.-Lfg. 2001).

²⁸³ BVerfGE 26, 228 (236); 71, 25 (34); 76, 107 (114); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 74.

²⁸⁴ Sturm, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 93 Rn. 93 Fn. 126.

²⁸⁵ Siehe die Nachweise oben S. 84, Fn. 77.

scheids entnehmen. Eine Gemeinde kann sich nur dann mittels Rechtsetzung selbst verwalten, wenn die in der Gebietskörperschaft zusammengeschlossenen Personen insgesamt an der Rechtsetzung teilhaben dürfen. Wenn die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auf die Angelegenheiten der „örtlichen Gemeinschaft“ (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) abstellt, zeigt das Hauptwort, dass es hauptsächlich nicht auf den Ort, sondern auf seine Personen ankommt: „Gemeinschaft“ nennen wir nur eine Gruppe von Menschen.²⁸⁶ Das Erfordernis, dass alle Bürgerinnen und Bürger an der Rechtsetzung teilnehmen dürfen, ist gewahrt, wenn der Rat agiert, denn er repräsentiert die gesamte Bürgerschaft. Bürgerbegehren und Bürgerentscheide wahren das Erfordernis dagegen nur, wenn der Volksgesetzgebungs-Gesetzgeber etwa die Fristen für ein Begehren nicht so kurz bestimmt, dass Gemeindemitgliedern die Möglichkeit genommen wird, die Initiative mit ihrer Unterschrift zu unterstützen.

§ 2 Organisationsrechtsverhältnisse

Rechtsschutz innerhalb der Staatsorganisation wird, wie gesehen, nicht durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiert, weil dessen Merkmal „in seinen Rechten“ Kompetenzen nicht erfasst.²⁸⁷ Die Gerichte können in Organisationsrechtsverhältnissen nur tätig werden, wenn ihnen der Kompetenzkonflikt zur Entscheidung gesondert zugewiesen worden ist. Dass gerichtlicher Rechtsschutz innerhalb der Staatsorganisation erfolgt, ist nicht ungewöhnlich. Das Grundgesetz selbst setzt die rechtsprechende Gewalt bisweilen dafür ein. So hat es bestimmten Staatsorganen eine Parteirolle zugeteilt, auf dass sie Kompetenzkonflikte vor Gericht austragen können, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG.²⁸⁸ Damit hat die Verfassung entgegen der im Kaiserreich vertretenen Impermeabilitätstheorie anerkannt, dass der Staat kein undurchdringlicher, monolithischer Block ist.²⁸⁹ Auch Streitigkeiten innerhalb der Staatsorganisation bedürfen der Entscheidung durch eine übergeordnete Instanz. Dazu sind Gerichte, deren Unabhängigkeit institutionell geschützt ist und an deren Neutralität regelmäßig kein Zweifel besteht, gut geeignet.

²⁸⁶ *Pieroth / Hartmann*, NWVBI 2003, S. 322 (326 f.).

²⁸⁷ Siehe die Nachweise oben S. 133, Fn. 6.

²⁸⁸ Vgl. *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 791, 793 f.

²⁸⁹ *Ehlers*, in: Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 104; *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (213 f.); *Pieroth*, Störung, Streik und Aussperrung, S. 206. Zur Impermeabilitätstheorie (vgl. *Heimlich*, DÖV 1999, S. 1029 (1032); *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 54 f., 120, 129, 146, 164) siehe *Anschütz*, in: Fleischmann (Hrsg.), Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Stichwort „Gesetz“, § 2 Anm. 3 (S. 214); *G. Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 240 f.; *ders.*, System, S. 224 ff., 230 ff.; *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 2, S. 181, vgl. auch S. 86 f.

A. Verwaltungsgerichte

1. Begehren: Feststellung der Zulässigkeit

Die Unzulässigkeitsquote von Bürgerbegehren betrage, so neuere Erhebungen, zwischen einem Viertel und einem Drittel.²⁹⁰ Den Streit um die Zulässigkeit eines Begehrens entscheidet die Verwaltungsgerichtsbarkeit gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, wenn es sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. Voraussetzung ist also erstens eine Rechtsstreitigkeit, die zweitens auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ausgetragen wird und die drittens nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

Rechtsstreitigkeiten sind nicht nur Streitigkeiten über subjektive öffentliche Rechte, sondern auch (organisationsrechtliche) Innenrechtsstreitigkeiten. Das zeigt § 47 Abs. 1 VwGO, wonach die Verwaltungsgerichtsbarkeit über die Gültigkeit objektiven Rechts entscheidet.²⁹¹ Die Rechtsstreitigkeit um die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens ist öffentlich-rechtlich, weil die streitentscheidende Vorschrift unabhängig von ihrer konkreten Formulierung das Verhältnis von Entscheidungsträgern regelt, die das Privatrecht gerade nicht kennt.²⁹² Beide Entscheidungsträger, Berechtigter wie Verpflichteter, üben Staatsgewalt aus.²⁹³ Die Streitigkeit ist schließlich auch nichtverfassungsrechtlicher Art, obwohl der Begriff des Kommunalverfassungsrechts das Gegenteil suggerieren könnte. Denn der Rat einer Kommune, der regelmäßig über die Zulässigkeit entscheidet, ist kein Verfassungsobjekt.

1. Richtige Klageart

Mit der Klage wird begehrt (§ 88 VwGO), dass der Rat das Bürgerbegehren zulasse. Ist diese Zulassung ein Verwaltungsakt, geht es um die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten Verwaltungsaktes, so dass in diesem Außenrechtsstreit gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO die Verpflichtungsklage statthaft ist.²⁹⁴ Ist die

²⁹⁰ *Kampwirth*, ZParl 2003, S. 657 (661 bzw. 665) nennt diese Zahlen als Bundesdurchschnitt für Volksbegehren bzw. Bürgerbegehren bis Ende 2001. *Hager*, VerwArch 84 (1993), S. 97 (99), zählt in Baden-Württemberg zwischen 1975 und 1991 56 unzulässige und 71 zulässige Bürgerbegehren. Diese Erhebung wurde rezipiert von v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (135), und *Wefelmeier*, NdsVBl 1997, S. 31 (32). *Ritgen*, NWVBl 2003, S. 87 (87) schätzt, dass in den letzten Jahren etwa 30 Prozent der Bürgerbegehren in Nordrhein-Westfalen unzulässig waren. Vgl. auch *Hofmann-Hoeppe/Weible*, BayVBl 2000, S. 577 (583).

²⁹¹ *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 130 ff.; *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (219 ff.); *Hoppe*, Organstreitigkeiten, S. 132 f.; *Schoch*, JuS 1987, S. 783 (785).

²⁹² *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 5.

²⁹³ Vgl. dazu im Einzelnen sogleich im Zusammenhang mit dem Merkmal der Außenwirkung.

²⁹⁴ Für die Qualifikation als Verwaltungsakt samt Außenwirkung und damit für die Verpflichtungsklage judizieren VGH München, BayVBl 1998, S. 402 (403); OVG Greifswald,

Zulassung dagegen kein Verwaltungsakt, sind Feststellungs- oder allgemeine Leistungsklage statthaft.²⁹⁵

Den Begriff des Verwaltungsaktes definiert die Verwaltungsgerichtsordnung nicht selbst. Eine Definition ist aber in § 35 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (und der Länder) enthalten.²⁹⁶ Auf die Definition darf inhaltlich zurückgegriffen werden.²⁹⁷

In Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt nimmt das Abstimmungsrecht selbst zu der Frage Stellung, ob die Feststellung der Zulässigkeit ein Verwaltungsakt ist.²⁹⁸ In Baden-Württemberg tut es das, indem von der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage gegen die Zurückweisung des Bürgerbegehrens die Rede ist.²⁹⁹ In den anderen drei Ländern findet der Widerspruch oder das Vorverfahren Erwähnung.³⁰⁰ Widerspruch zu erheben und darüber im

NVwZ 1997, S. 306 (307); OVG Münster, NVwZ-RR 2003, S. 448 (449); VG Dessau, LKV 1996, S. 74 (75); VG Düsseldorf, NVwZ 1999, S. 684 (685); NVwZ-RR 2003, S. 451 (451); VG Köln, NWVBl 2000, S. 155 (157); VG Meiningen, LKV 1994, S. 413 (414). Hinzu kommt der VGH Mannheim, etwa NVwZ 1985, S. 288 (288), der diese Rechtsauffassung jedoch positiv-rechtlich vorgegeben sieht (dazu sogleich im Fließtext). Weitere Nachweise bei *Diemert*, Innenrechtsstreit, S. 112 Fn. 6.

In der Literatur vertritt diese Position die „wohl überwiegende Ansicht“ (*Hub. Meyer*, NVwZ 2003, S. 183 (183)), etwa v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (141); *Gebhard*, in: *Jung/Knemeyer*, Direkte Demokratie, S. 103; *Hofmann-Hoepfel/Weible*, BayVBl 2000, S. 577 (583); *Hub. Meyer*, NVwZ 2003, S. 183 (183); *Oebbecke*, DÖV 1995, S. 701 (705) (mit Blick auf den Einwohnerantrag); *Ritgen*, Bürgerbegehren und -entscheid, S. 220, 254; *Schliesky*, DVBl. 1998, S. 169 (173); *Wehr*, BayVBl 1996, S. 549 (552 f.).

²⁹⁵ Mangels Außenwirkung gegen die Qualifikation als Verwaltungsakt und damit für die im Kommunalverfassungsstreit statthafte Feststellungs- oder allgemeine Leistungsklage entscheiden VGH Kassel, DVBl. 2000, S. 928 (930); OVG Koblenz, NVwZ-RR 1997, S. 241 (241 f.) (in Fortführung von NVwZ-RR 1995, S. 411 (412) zum Einwohnerantrag); VG Darmstadt, NVwZ-RR 1995, S. 156 (157) (zur öffentlichen Bekanntgabe des Bürgerbegehrens); VG Dresden, SächsVBl. 1998, S. 90 (91). Weitere Nachweise bei *Diemert*, Innenrechtsstreit, S. 112 Fn. 7 und 8.

In der Literatur vertreten diese Position etwa *Fischer*, NWVBl 1995, S. 366 (369); *ders.*, DÖV 1996, S. 181 (183); *Hager*, NVwZ 1994, S. 766 (767); *Heimlich*, DÖV 1999, S. 1029 (1034 f.); *Jaroschek*, BayVBl 1997, S. 39 (40); *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 411 (S. 276); *Wefelmeier*, NdsVBl 1997, S. 31 (33); *Seckler*, BayVBl 1997, S. 232 (235).

²⁹⁶ Ebenso § 118 S. 1 AO, § 31 SGB X.

²⁹⁷ *Hufen*, Verwaltungsverfahren, § 14 Rn. 2; *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh. § 42 Rn. 2; *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsverfahren, Rn. 138; *Tettinger/Wahrendorf*, Verwaltungsverfahren, § 15 Rn. 4 (S. 114).

²⁹⁸ Eine Detailanalyse aller Abstimmungsrechte kann nicht Gegenstand dieser Abhandlung sein. Zu Bayern vgl. etwa *Jaroschek*, BayVBl 1997, S. 39 (39 f.), zu Nordrhein-Westfalen v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (140).

²⁹⁹ Gemäß § 41 Abs. 2 S. 1 des Kommunalwahlgesetzes. Zu dieser Vorschrift *Fischer*, NWVBl 1995, S. 366 (369); *Ritgen*, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, S. 216 Fn. 4.

³⁰⁰ Gemäß By GO Art. 18a Abs. 8 S. 2; NW GO § 26 Abs. 6 S. 2; SA GO § 25 Abs. 6, § 24 Abs. 6 S. 2. Der bayerische Landesgesetzgeber konnte das Vorverfahren erlassen, wie in der genannten Vorschrift geschehen. Denn der Gesetzesvorbehalt des § 68 Abs. 1 S. 2 vor Nr. 1

Vorverfahren zu entscheiden, ist jedoch gemäß § 68 VwGO nur bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen statthaft.³⁰¹ Weil diese Klagen gemäß § 42 Abs. 1 VwGO voraussetzen, dass um einen Verwaltungsakt gestritten wird, begreift das genannte Landesrecht die Feststellung der Zulässigkeit also als Verwaltungsakt.

Freilich vermag das Landesrecht weder die Reichweite des Verwaltungsakts-Begriffs in § 42 Abs. 1 VwGO zu bestimmen noch die Reichweite der verwaltungsgerichtlichen Klagearten zu regeln. Denn die Verwaltungsgerichtsordnung, ein Bundesgesetz, ist aufgrund des Kompetenztitels der Gerichtsverfassung bzw. des gerichtlichen Verfahrens in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung ergangen.³⁰² Den Ländern verbleibt gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung nur, soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat.³⁰³ Die Verwaltungsgerichtsordnung hat sich landesrechtlichen Regelungen nicht durchweg verschlossen. So erlaubt etwa § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO dem Landesgesetzgeber, vom Verwaltungsrechtsweg abdrängende Sonderzuweisungen zu erlassen, und § 42 Abs. 2 VwGO stellt es Landesgesetzen anheim, Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen zuzulassen, auch wenn es nicht um subjektive Rechte geht.³⁰⁴ Demgegenüber enthält § 42 Abs. 1 VwGO aber gerade keinen landesrechtlichen Vorbehalt. Daher sind der prozessrechtliche Verwaltungsaktsbegriff und, daran gebunden, die Reichweite von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen allein bundesrechtlich zu bestimmen.³⁰⁵

Mit Blick auf die Definitionsmerkmale des Verwaltungsakts ist, weil auch die Feststellung der Zulässigkeit Regelungswirkung entfaltet,³⁰⁶ in unseren Fällen nur die Frage erwähnenswert, ob die Maßnahme „auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen“ (§ 35 S. 1 VwVfG) gerichtet ist.³⁰⁷ Außenwirkung besteht, wenn eine Maßnahme im Verhältnis von Staat und Bürger wirkt.³⁰⁸ Um das Verhältnis von

VwGO (in Verbindung mit § 68 Abs. 2 VwGO) erlaubt auch einen landesrechtlichen Dispens (BVerfGE 35, 65 (75); *Dolde*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 68 Rn. 10).

³⁰¹ § 68 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VwGO; vgl. auch die Überschrift des 8. Teils der VwGO.

³⁰² BVerfGE 20, 238 (248 f.); 37, 191 (198); vgl. auch BVerfGE 8, 174 (177). Ebenso BVerfGE 92, 263 (266); Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn. 180. A.A. Pestalozza, in: v. Mangoldt/Klein/Pestalozza, Grundgesetz, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 109.

³⁰³ Näher Kingreen, DVBl. 1995, S. 1337 (1342 f.); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 72 Rn. 2.

³⁰⁴ Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn. 180; vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 72 Rn. 4.

³⁰⁵ Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn. 2 a. E., Rn. 3; vgl. Ehlers, Jura 2004, S. 30 (31); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 72 Rn. 4.

³⁰⁶ Vgl. Fischer, DÖV 1996, S. 181 (183); Ritgen, Bürgerbegehren und -entscheid, S. 218.

³⁰⁷ Jaroschek, BayVBl 1997, S. 39 (40); Ritgen, Bürgerbegehren und -entscheid, S. 218 und Fn. 12; Wehr, BayVBl 1996, S. 549 (552). Zu Befürwortern und Gegnern vgl. oben S. 190 f., Fn. 294 f.

³⁰⁸ Fischer, NWVBl 1995, S. 366 (369); ders., DÖV 1996, S. 181 (183); vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 14 Rn. 8.

Staat und Bürger geht es bei Streitigkeiten im grundrechtlichen, nicht aber im Organisationsrechtsverhältnis. Wer den Antrag auf Zulassung eines Bürgerbegehrens stellt, übt wie gesehen (kompetenziell gewährte und grundrechtlich gebundene) Staatsgewalt aus.³⁰⁹ Antragsteller und Rat, konkurrierende Entscheidungsträger der Gemeinde,³¹⁰ streiten darum, wer in dieser Sache die Staatsgewalt der Gesetzgebung ausüben darf. Die Zulassung des Bürgerbegehrens betrifft das gemeindeinterne, organschaftliche Recht zur kommunalen Willensbildung.³¹¹ Der Rat, der die Unzulässigkeit des Begehrens feststellt, verneint das Recht der Antragsteller, in dieser Sache mit Wirkung für die Gemeinde zu entscheiden.³¹⁰ Weil die Antragsteller nicht außerhalb, sondern innerhalb der Gemeindeorganisation stehen, betrifft die Feststellung des Rates das Verhältnis zweier Entscheidungsträger im Innenrechtskreis der Gemeinde und nicht das Staat-Bürger-Verhältnis.³¹² Der Zulassung des Begehrens fehlt es an Außenwirkung; sie ist kein Verwaltungsakt.³¹³ Rechtsschutz ist daher nicht durch eine Verpflichtungsklage, sondern im Kommunalverfassungsverstreit anzustreben.³¹⁴

Im Kommunalverfassungsverstreit gelten wie sonst auch die Klagearten der Verwaltungsgerichtsordnung.³¹⁵ Der Begriff beschreibt keine eigene Klageart, sondern kennzeichnet Besonderheiten, die sich ergeben, wenn nicht um subjektive öffentliche Rechte, sondern um Innenrecht gestritten wird.³¹⁶ Als richtige Klagearten kommen insbesondere die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO in Betracht.³¹⁷ Mit der allgemeinen Leistungsklage kann ein Tun oder Unterlassen verlangt werden.³¹⁸ Die Feststellungsklage ist gemäß § 43

³⁰⁹ *Wefelmeier*; NdsVB1 1997, S. 31 (33) („kompetenzielle Rechtspositionen“). A.A. *Wehr*; BayVB1 1996, S. 549 (553) und *Schliesky*, DVBl. 1998, S. 169 (170), die ohne nähere Begründung davon ausgehen, dass es sich hierbei um subjektive Rechte der Bürger handelt. *Wehr* zitiert sogar Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.

³¹⁰ *Fischer*; DÖV 1996, S. 181 (183).

³¹¹ v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (141).

³¹² *Fischer*; NWVB1 1995, S. 366 (369); *ders.*, DÖV 1996, S. 181 (183); *Seckler*; BayVB1 1997, S. 232 (234); *Wefelmeier*; NdsVB1 1997, S. 31 (33).

³¹³ *Fischer*; DÖV 1996, S. 181 (183).

³¹⁴ Vgl. in diesem Sinne die in Fn. 295 (S. 191) gesammelten Nachweise.

³¹⁵ *Ehlers*, NVwZ 1990, S. 105 (106); *Jaroschek*, BayVB1 1997, S. 39 (40); *Schoch*, JuS 1987, S. 783 (785).

³¹⁶ *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (213) („Innenrechtsstreit“); *Schoch*, JuS 1987, S. 783 (784); *Wefelmeier*; NdsVB1 1997, S. 31 (34).

³¹⁷ *Fischer*; DÖV 1996, S. 181 (183). Zur „allgemeinen Gestaltungsklage“ vgl. *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (230 f.); *Schoch*, JuS 1987, S. 783 (788 f.). In Frage kann auch die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO kommen, vgl. *Ehlers*, NVwZ 1990, S. 105 (107 ff.) (offen gelassen für Beschlüsse, die Teil eines Rechtssetzungsverfahrens sind, vgl. S. 108). An einer Erledigung fehlt es jedoch, wenn – wie in unseren Fällen – die Unzulässigkeit des Begehrens festgestellt wurde.

³¹⁸ *Erichsen* / *Biermann*, Jura 1997, S. 157 (162); *Fischer*; DÖV 1996, S. 181 (183); *Meister*; JA 2004, S. 414 (415).

Abs. 1 Alt. 1 VwGO auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Zu den feststellungsfähigen Rechtsverhältnissen zählen insbesondere Innenrechtsverhältnisse.³¹⁹ Hier hängt die Klageart davon ab, ob der Beklagte zu einem Tun verurteilt werden soll. Wo die Unzulässigkeit schon festgestellt ist, begehrt der Kläger kein (erneutes) Tun des Rates, sondern will die Rechte und Pflichten der Organe zueinander klären.³²⁰ Dann erscheint die subsidiäre Feststellungsklage als die richtige Klageart.³²¹ Solange der Ratsbeschluss noch aussteht, ist dagegen die allgemeine Leistungsklage statthaft, weil eine bestimmte Handlung begehrt wird.³²²

2. Klagebefugnis

Sowohl die kommunalverfassungsrechtliche Leistungsklage als auch die Feststellungsklage setzen gemäß § 42 Abs. 2 VwGO analog³²³ voraus, dass der Kläger behauptet, durch das Verwaltungshandeln „in seinen Rechten“ verletzt zu sein. Die Wendung erfordert bei unmittelbarer Anwendung der Vorschrift die Verletzung eines subjektiven Rechts. Dagegen geht es im Kommunalverfassungsstreit aber gerade nicht um subjektive Rechte. Daher kommt es darauf an, ob das klagende Organ geltend machen kann, durch die angegriffene Maßnahme in einer eigenen Rechtsposition betroffen zu sein.³²⁴ Die Rechtsposition, um die es geht, muss „wehrfähig“ sein, und sie muss gerade dem Kläger zustehen.

Auch im Kommunalverfassungsstreit kann nicht jede Verletzung objektiven Rechts gerügt werden; schon gar nicht kann eine juristische Person gegen sich selbst prozessieren. In Abgrenzung zum unzulässigen Insichprozess³²⁵ ist der Kläger daher nur klagebefugt, wenn er die Verletzung einer „wehrfähigen Position des Innenrechts“³²⁶ behauptet. Wehrfähig sind Innenrechtspositionen, wenn sie einem

³¹⁹ OVG Münster, NVwZ-RR 2003, S. 225 (225); Ehlers, NVwZ 1990, S. 105 (107); Erichsen / Biermann, Jura 1997, S. 157 (161).

³²⁰ Fischer, DÖV 1996, S. 181 (183); Jaroschek, BayVBl 1997, S. 39 (40 f.).

³²¹ Fischer, DÖV 1996, S. 181 (183). Das Argument, dass die Subsidiarität entfalle, weil zu erwarten stehe, dass sich das unterliegende Organ rechtstreu verhalten werde und daher eine Vollstreckung entbehrlich würde (so Meister, JA 2004, 414 (415)), ist wegen § 170 VwGO zweifelhaft, vgl. dazu Hartmann, JuS 2005, Heft 1, S. XXVI.

³²² Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (34) mit Blick auf *Ns* NGO § 22b Abs. 7 S. 2.

³²³ BVerwG, NVwZ 1989, S. 470 (470) („entsprechend“); Ehlers, NVwZ 1990, S. 105 (109 ff.); Gern, Kommunalrecht, Rn. 791; Jaroschek, BayVBl 1997, S. 39 (41); Schoch, JuS 1987, S. 783 (789); Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (34). Das Erfordernis der Klagebefugnis gilt trotz § 43 Abs. 1 VwGO auch für die Feststellungsklage, vgl. Ehlers, NVwZ 1990, S. 105 (111).

³²⁴ OVG Münster, NVwZ-RR 2003, S. 225 (225); Schoch, JuS 1987, S. 783 (789 ff.); Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (34); vgl. Diemert, Innenrechtsstreit, S. 281 ff.

³²⁵ Bethge, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 29 (S. 179); Heimlich, DÖV 1999, S. 1029 (1032).

Organ oder Organteil als „Kontrastorgan“ zum Zweck inneradministrativer Gewaltenbalance zugewiesen sind (also nicht bloß dem Interesse des Gesamtorganismus zur Ermöglichung eines reibungslosen Funktionsablaufs dienen).³²⁷ Ein Organ ist ein Kontrastorgan, so der Erfinder des Begriffs, Kisker, wenn es in einem „System von ‚Checks and Balances‘“ als „Gegenüber anderer Organe im politischen Kräfte-spiel“ zu begreifen sei.³²⁸ In diesen Fällen gehe die Rechtsordnung davon aus, dass beide Kontrastorgane jeweils „ein starker Wille auf Durchsetzung gerade ihrer Gemeinwohlkonzeption drängt“.³²⁹ Eine Innenrechtsposition ist also wehrfähig, wenn sie ihrem Träger zur eigenständigen Wahrnehmung (und damit nicht „transitorisch“, d. h. in Zurechnung zu einer größeren innerorganisatorischen Einheit, mithin in hierarchischer Einbindung, weisungsgebunden und fremdverantwortet) übertragen ist.³³⁰

Die Wehrfähigkeit einer Innenrechtsposition hängt danach von der Kompetenz-zuweisung ab. Sie ist von Abstimmungsrecht zu Abstimmungsrecht eigens zu untersuchen. Es liegt jedoch stets auf der Hand, dass sich Volk und Repräsentativorgan im Volksgesetzgebungsverfahren typischerweise „im politischen Kräfte-spiel“ gegenüberstehen. Volksgesetzgebung soll gerade der Kontrolle dienen, ein „check“ der Repräsentativgesetzgebung sein. In Fragen, die das Gemeinwesen beschäftigen und in der die Bürgerinnen und Bürger davon ausgehen, dass das Repräsentativorgan die Entscheidung falsch oder fälschlich nicht getroffen hat, ist es gerade der Sinn der Volksgesetzgebung, als Gegengewicht zur Repräsentativgesetzgebung das Gemeinwesen wieder ins Gleichgewicht, in die aus Sicht der Bürger rechte Balance zu bringen. Volksgesetzgebung will es den Bürgern erlauben, in einer Sache eigenständig und notfalls gegen das Repräsentativorgan zu entscheiden. Volk und Repräsentativorgan befinden sich also in einem strukturellen Inte-

³²⁶ OVG Münster, NVwZ-RR 2003, S. 225 (225); NVwZ-RR 2003, S. 376 (376); *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (224 ff.); vgl. BVerwGE 45, 207 (209 f.). Ebenso *Ehlers*, NVwZ 1990, S. 105 (105, 110); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 20; *Kingreen*, DVBl. 1995, S. 1337 (1339).

³²⁷ *Bethge*, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 29 (S. 179); *Heimlich*, DÖV 1999, S. 1029 (1032); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 20; *Kingreen*, DVBl. 1995, S. 1337 (1339); *Schmidt-Aßmann*, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap. Rn. 83; *Schoch*, JuS 1987, S. 783 (786). Folgerichtig weist die Formulierung Parallelen zur Definition des subjektiven öffentlichen Rechts auf. Dort ist Voraussetzung, dass eine Norm nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit, sondern zumindest auch den Interessen des Individuums zu dienen bestimmt ist. Hier tritt an die Stelle der Allgemeinheit der Gesamtorganismus und an die Stelle des Individuums das Organ bzw. der Organteil. Es kommt darauf an, dass die Rechtsposition nicht nur dem Interesse des Gesamtorganismus, sondern auch den Interessen des Organs/Organteiles an inneradministrativer Gewaltenbalance zu dienen bestimmt ist.

³²⁸ *Kisker*, Insihprozeß, S. 38; kritisch *Hoppe*, Organstreitigkeiten, S. 107 f.

³²⁹ *Kisker*, Insihprozeß, S. 39 (mit dem weitergehenden, hier abgelehnten Schluss, dass es sich deswegen um subjektive Rechte handle).

³³⁰ *Erichsen*, in: Festschrift Menger, S. 211 (228); *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, § 74 I f (S. 48).

ressengegensatz.³³¹ Regelmäßig agieren sie als „konkurrierende ‚Kontrastorgane‘ im Innenrechtskreis der Gemeinde“,³³² die eingeräumten Rechtspositionen sind dann wehrfähige Rechtspositionen des Innenrechts.³³³

Ob Träger der wehrfähigen Innenrechtsposition jede einzelne Person, die das Bürgerbegehren unterzeichnet hat, oder nur die Gesamtheit der Unterzeichner ist, richtet sich gleichfalls nach dem Landesrecht, das die Innenrechtsposition gewährt hat. Eindeutig sind hier nur die bereits erwähnten Regelungen in Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt sowie die Regelung in Rheinland-Pfalz. Danach kann das Recht auf Zulassung des Begehrens von jedem Unterzeichner des Bürgerbegehrens gerichtlich durchgesetzt werden.³³⁴ Fehlt eine gesetzliche Regelung, werden daraus unterschiedliche Konsequenzen gezogen. Die einen folgern aus dem Schweigen, dass das Recht auf Zulassung des Begehrens jedem Mitunterzeichner allein zusteht.³³⁵ Die andern schließen, dass nur die Unterzeichner in ihrer Gesamtheit Rechtsträger sein können.³³⁶ Letzterenfalls wäre die Gruppe der Unterzeichner gemäß § 61 Nr. 2 VwGO unmittelbar³³⁷, analog³³⁸ oder in Rechtsfortbildung³³⁹ beteiligungsfähig.³⁴⁰ Als Personenmehrheit sind die Unterzeichner jedoch nicht prozessfähig i.S.v. § 62 VwGO, d. h. nicht fähig, vor Gericht Prozesshandlungen selbst vorzunehmen.³⁴¹ Dazu bedarf es der Vertretung.³⁴² Deshalb ist

³³¹ Jaroschek, BayVBl 1997, S. 39 (40): „Konkurrenzverhältnis“ zwischen Bürgerbegehren und Gemeinderat; Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (32).

³³² OVG Koblenz, NVwZ-RR 1997, S. 241 (241); v. Arnim, DÖV 1990, S. 85 (86); Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (34).

³³³ Fischer, DÖV 1996, S. 181 (183); Jaroschek, BayVBl 1997, S. 39 (40).

³³⁴ BW KomWG § 41 Abs. 2; SA GO § 25 Abs. 6, § 24 Abs. 6 S. 1; RP LWG § 75 Abs. 2.

³³⁵ VGH Kassel, NVwZ 1997, S. 310; Fischer, NWVBl 1995, S. 366 (369); Heimlich, DÖV 1999, S. 1029 (1034); Oebbecke, DÖV 1995, S. 701 (705) (mit Blick auf den Einwohnerantrag); Schliesky, DVBl. 1998, S. 169 (173 f.); ders., ZG 1999, S. 91 (110 f.); Schmidt-Aßmann, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap., Rn. 91; vgl. VGH Mannheim, DVBl. 1975, S. 552 (553).

³³⁶ VG Ansbach, BayVBl 1996, S. 411 (411); VG Darmstadt, NVwZ-RR 1995, S. 156 (157); Fischer, DÖV 1996, S. 181 (184); Jaroschek, BayVBl 1997, S. 39 (41); Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (34); Wehr, BayVBl 1996, S. 549 (551); vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, S. 411 (412).

³³⁷ Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (35).

³³⁸ OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, S. 411 (412) („entsprechend“); Fischer, DÖV 1996, S. 181 (184). So allgemein für den Kommunalverfassungsstreit Bier, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), § 61 Rn. 7; Schoch, JuS 1987, S. 783 (787).

³³⁹ So allgemein für den Kommunalverfassungsstreit Erichsen, in: Festschrift Menger, S. 211 (223) (mangels Planwidrigkeit der Regelungslücke).

³⁴⁰ VGH München, BayVBl 1996, S. 597 (597) (ohne Normnennung). A.A. Schliesky, DVBl. 1998, S. 169 (170) (mangels organisatorischer Verfestigung); Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21 Rn. 8 (behauptete „Metamorphose“ vom Bürger zum Organ nicht nachvollziehbar).

³⁴¹ Fischer, DÖV 1996, S. 181 (184); Wefelmeier, NdsVBl 1997, S. 31 (35).

³⁴² Fischer, DÖV 1996, S. 181 (184). Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2003, S. 448 (449); VG Düsseldorf, NVwZ 1999, S. 684 (685); VG Köln, NWVBl 2000, S. 155 (156); NWVBl

davon auszugehen, dass jedenfalls dort, wo das Volksgesetzgebungsrecht keine Vertretungsregelungen trifft, jeder einzelne Unterzeichner Träger der Innenrechtsposition ist.

Richtiger Beklagter ist schließlich nicht die Gemeinde, wie es § 78 Abs. 1 VwGO entspräche, sondern jene Stelle, die Anlass zur Klage gegeben hat, also das „Gegenorgan“, dessen Handeln den Streitgegenstand bildet.³⁴³ Die Klage ist damit regelmäßig gegen den Rat zu richten.³⁴⁴

II. *Entscheid: Durchführung, Abstimmung und Prüfung*

1. Durchführung des Bürgerentscheids

Bürgerinitiativen haben sich im Rahmen der Durchführung des Bürgerentscheids um Rechtsschutz bemüht, als – wie es in der Stadt Neuss vorgekommen ist – die Briefabstimmung verweigert und nur ein Viertel der bei Kommunalwahlen geöffneten Stimmlokale geöffnet wurde oder wenn der Rat nicht über die beantragte und zugelassene Frage, sondern über eine umformulierte Fassung abstimmen lassen wollte.³⁴⁵ Auch die Konstellation, dass die Abstimmungsbehörden sich weigern, einen rechtmäßig angestrebten Entscheid überhaupt durchzuführen, gehört hierher.

Möglichkeiten und Grenzen des Rechtsschutzes sind in diesen Fällen entsprechend dem soeben zur Zulassung des Bürgerbegehrens Gesagten, auf das verwiesen werden darf, zu beurteilen. Bei der Durchführung des Bürgerentscheids stehen jeweils Innenrechtspositionen in Rede. Es bedarf daher der Analyse des einschlägigen Abstimmungsrechts, um zu klären, wem diese Innenrechtspositionen zustehen und ob sie wehrfähig sind.³⁴⁶ Die Grundsätze der Geheimheit der Abstimmung

2000, S. 193 (194); NWVBl 2000, S. 269 (269) (Klagebefugnis nicht des Bürgerbegehrens als solchem, sondern nur der Vertreter). Zu der Frage, ob die in §§ 14 ff. VwVfG (des jeweiligen Landes) enthaltenen Regeln über die Stellvertretung anwendbar sind, siehe *Fischer*, a. a. O., Fn. 32. Bei Volksbegehren ist diese Frage teilweise geregelt, vgl. etwa NW VIVBVG § 7 Abs. 3, Ns VABstG § 14 Abs. 2.

³⁴³ OVG Münster, NVwZ 1983, S. 485 (486); NVwZ-RR 2003, S. 225 (225); NVwZ-RR 2003, S. 376 (377); OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, S. 411 (412) (mit Blick auf den Einwohnerantrag); *Ehlers*, NVwZ 1990, S. 105 (112); *Fischer*, DÖV 1996, S. 181 (184); *Jaroschek*, BayVBl 1997, S. 39 (42); *Pietzner/Ronellenfitsch*, Assessorexamen, § 7 Rn. 23; *Tettinger/Wahrendorf*, Verwaltungsprozeßrecht, § 22 Rn. 8 (S. 198); *Wefelmeier*, NdsVBl 1997, S. 31 (35).

³⁴⁴ *Fischer*, DÖV 1996, S. 181 (184); *Wefelmeier*, NdsVBl 1997, S. 31 (35). Vgl. nur *BW* GemO § 21 Abs. 4; *By* GO Art. 18a Abs. 8 S. 1; *Bb* GO § 20 Abs. 2 S. 1; *Hs* GO § 8b Abs. 4 S. 2; *MV* KV § 20 Abs. 6 S. 4 (im Benehmen mit der Rechtsaufsichtsbehörde); *NW* GO § 26 Abs. 6 S. 1; *RP* GO § 17a Abs. 4 S. 2; *Sl* KSVG § 21a Abs. 5 S. 1; *Ss* GemO § 25 Abs. 3 S. 1; *SA* GO § 25 Abs. 4 S. 1; *Th* KO § 17 Abs. 3 S. 4. Anders *SH* GO § 16g Abs. 5 S. 1 (Aufsichtsbehörde).

³⁴⁵ *Fischer*, DÖV 1996, S. 181 (187). Vgl. auch VGH München, BayVBl 2004, S. 749 ff.

und der Gleichheit des aktiven Wahlrechts sind nach dem Gesagten analog Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG sogar regelmäßig subjektiv-rechtlich garantiert, so dass die Klagebefugnis insoweit unproblematisch vorliegt.³⁴⁷ Dagegen ist das Gebot der Unmittelbarkeit bei Abstimmungen nach der hier vertretenen Auffassung den Art. 28, 38 GG weder direkt noch analog zu entnehmen, sondern nur aufgrund des kompetenzrechtlichen Delegationsverbots vorgeschrieben. Daher sind Briefabstimmungen unter geringeren Voraussetzungen möglich als Briefwahlen, die am Wahlgrundsatz der Unmittelbarkeit gemessen werden müssen.³⁴⁸ Wenn der Abstimmungsberechtigte seine Kompetenz brieflich ausübt, handelt es sich gerade nicht um eine Delegation. Schließlich kann die Forderung nach der Gleichbehandlung mit Wahlen, um die es im Fall der Stimmlokale geht, nach der hier entwickelten Lösung nicht auf Art. 3 GG gestützt werden. Vielmehr erscheint das Demokratieprinzip als *sedes materiae*.

2. Teilnahme an der Abstimmung

Die Abstimmungsberechtigung ist regelungstechnisch an die Wahlberechtigung gekoppelt. Wahlberechtigt ist, wer in ein Wählerverzeichnis eingetragen bzw. im Besitz eines Wahlscheins ist.³⁴⁹ Verweigert die Wahl- bzw. Abstimmungsbehörde den Eintrag in das Wählerverzeichnis oder die Aushändigung des Wahlscheins, gewähren die Verwaltungsgerichte Rechtsschutz gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, weil die den Streit entscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind,³⁵⁰ gleichgültig, ob das Abstimmungsrecht als Grundrechtsgebrauch oder als Kompetenzausübung bewertet wird. Denn unabhängig von der Stellung des Abstimmungsberechtigten ist jedenfalls die aus dem Abstimmungsrecht verpflichtete Stelle, also die Abstimmungsbehörde, ausschließlich Trägerin von Staatsgewalt und auch als solche angesprochen.³⁵¹

³⁴⁶ BVerfGE 13, 54 (87, obiter dictum): „Selbst beim echten Volksgesetzgebungsverfahren hat nicht das Staatsvolk oder der Aktivbürger als Glied des Staatsvolks ein Recht auf den Volksentscheid, wenn das Volksbegehren Erfolg gehabt und vom ordentlichen Gesetzgeber nicht zum Gesetz erhoben worden ist, sondern dieses Recht kann nur der Gruppe von Aktivbürgern zustehen, die das Volksbegehren betrieben hat. Nur in diesem Sinn hat der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich der Deutschnationalen Volkspartei in Preußen als Trägerin des Volksbegehrens ‚Freiheitsgesetz‘ die Aktivlegitimation ... zuerkannt“; kritisch dazu *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 77 f. Vgl. auch VGH München, BayVBl 2004, S. 749 (750) (subjektives öffentliches Recht der vertretungsberechtigten Personen auf Durchführung).

³⁴⁷ Siehe oben in diesem Teil, Zweites Kapitel, § 1 C., D. (S. 154 ff.).

³⁴⁸ Vgl. auch VGH München, BayVBl 2004, S. 749 (750), wonach ausreichende Möglichkeiten zur persönlichen und brieflichen Abstimmung eröffnet werden müssen.

³⁴⁹ Vgl. etwa NW KWG § 9 Abs. 1.

³⁵⁰ *Ehlers*, in: Schoch / Schmidt-Abmann / Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 203; *Erichsen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, S. 135.

Die Streitigkeit ist verfassungsrechtlicher Art, wenn unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Subjekte unmittelbar über Verfassungsrecht streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).³⁵² Weil über die Teilnahme an der Abstimmung die kommunale Abstimmungsbehörde entscheidet, die kein Verfassungssubjekt ist, sind Streitigkeiten um die Teilnahme nie verfassungsrechtlicher Art. Das gilt nicht nur für die Teilnahme am Bürgerentscheid,³⁵³ sondern auch für die Teilnahme am Volksentscheid. Dabei kann offen bleiben, ob ein Streit unmittelbar über Verfassungsrecht wirklich nur vorliegt, wenn Verfassungsrecht im formellen Sinne betroffen ist.³⁵⁴ Denn keinesfalls ist die beklagte Abstimmungsbehörde, welche die Eintragung in das Wählerverzeichnis vornimmt und Wahlscheine ausgibt, ein Verfassungsrechtssubjekt.³⁵⁵ Daher sind Streitigkeiten um die Teilnahme an der Abstimmung – genauso wie Streitigkeiten um die Teilnahme an Wahlen – nichtverfassungsrechtlicher Art, sofern es sich um Maßnahmen der Verwaltungsbehörden wie die Eintragung in das Wählerverzeichnis, die Erteilung eines Wahlscheins oder die Hinderung an der Stimmabgabe handelt.³⁵⁶

³⁵¹ Zum Streit, ob die modifizierte Subjektstheorie fordert, dass die Norm einen Träger von Staatsgewalt als solchen oder ausschließlich adressiert (d. h. berechtigt oder verpflichtet), vgl. oben S. 167, Fn. 161 f.

³⁵² Nachweise oben S. 168, Fn. 168, auch zur anderen Ansicht.

³⁵³ Vgl. nur *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 49.

³⁵⁴ *Bethge*, NJW 1975, S. 77 (77); *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rn. 32. Es ist umstritten, ob materielles Verfassungsrecht, also Regelungen, die in Ausführung, Konkretisierung oder Erweiterung der Verfassung getroffen werden, erfasst sind (zum Begriff vgl. *Menger/Erichsen*, VerwArch 59 (1968), S. 167 (175); *Menger*, VerwArch 66 (1975), S. 169 (172); ein Beispiel bietet VGH München, NVwZ 1991, S. 386 (386), wo es um die Dauer der Einschreibungsfrist für ein Volksbegehren ging, die allein im Landeswahlgesetz (*By* LWG Art. 65 Abs. 1, 3) geregelt ist). Eine Mindermeinung – etwa *Menger*, VerwArch 66 (1975), S. 169 (172 f.) – sieht auch staatsrechtliche Regelungen außerhalb der formellen Verfassung erfasst, so zum Beispiel die Geschäftsordnungen der Regierungen oder Parlamente und die Gesetze über die Verfassungsgerichtshöfe, vgl. *Ehlers*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 151; *ders.*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 5. *Menger*, a. a. O., S. 169 (173) nennt noch die Wahlgesetze des Bundes und der Länder. Doch auch diese Ansicht zählt nur den Streit über die Zulässigkeit eines Volksbegehrens bzw. über das Ergebnis eines Volksentscheids zum Verfassungsrechtsstreit, nicht aber den Streit über die Modalitäten des Verfahrens (z. B. über die Vorbereitung oder die Verlängerung der Eintragsfrist), vgl. *Ehlers*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 198. Die h. M. sieht dagegen von vornherein nur formelle Verfassungsnormen erfasst, vgl. etwa VGH München, NVwZ 1991, S. 386 (386). Sie neigt dabei dazu, das gesamte Volksgesetzgebungsverfahren dem Verfassungsrecht zuzuordnen, vgl. VGH München, NVwZ 1991, S. 386 f.; OVG Berlin, DVBl. 1999, S. 994 (994 f.); VGH Kassel, NVwZ 1991, S. 1098 f.; OVG Münster, NJW 1974, S. 1671 (1671).

³⁵⁵ *Ehlers*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 187, 198.

³⁵⁶ BVerwGE 51, 69 (71 ff.); *Fischer*, DÖV 1996, S. 181 (189); *Jaroschek*, BayVBl 1997, S. 39 (44); *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap., Rn. 91 (Feststellungsklage); *Ehlers*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 198 (für die Modalitäten des Verfahrens) sowie – mit Blick auf Wahlen – BVerfG, NVwZ 1988, S. 817 (818); BVerwGE 51, 69 (71 ff.); *Lang*, Wahlprüfungsverfahren, S. 155; *Hans Meyer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 38 Rn. 64;

Das sieht die Rechtsprechung bisweilen anders. Sie nimmt teilweise an, dass der abstimmungswillige Bürger bei Volksbegehren und Volksentscheiden, nicht aber bei Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden, als Verfassungssubjekt agiert. In diesen Fällen nehme der Einzelne ausnahmsweise³⁵⁷ aufgrund einer vom Verfassungsrecht zuerkannten Rechtsposition am Verfassungsleben teil. Auch das Bundesverfassungsgericht hat das Volk im Zusammenhang mit der Ausübung der Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als „Verfassungsorgan“ bezeichnet.³⁵⁸

Die Kritik daran lautet, dass die Wahl eine Trennung von Staatsorganisation und Volk voraussetze, weil das Volk das Handeln des Staatsapparates in Wahlen und Abstimmungen erst legitimiere,³⁵⁹ und dass den Bürger die Nichteintragung nicht als Verfassungsorgan, sondern im grundrechtlichen Bereich (in seinem subjektiven Wahlrecht) beeinträchtige.³⁶⁰ Beide Vorwürfe scheinen auf Wahlen, nicht aber auf Abstimmungen zugeschnitten. Denn zum einen gestaltet das Grundgesetz nur die Wahl (in Art. 38 Abs. 1 GG) als subjektives Recht aus, während bei der Abstimmung gemäß Art. 20 Abs. 2 GG kompetenzgebundene Staatsgewalt ausgeübt wird.³⁶¹ Zum andern wird bei der Abstimmung das Handeln des Repräsentativorgans nicht legitimiert, sondern kritisiert, besteht doch im Volksgesetzgebungsverfahren ein struktureller Interessengegensatz zwischen Volk und Repräsentativorgan.³⁶² Denn eine erfolgreiche Abstimmung ändert oder ergänzt die vorhandenen, regelmäßig vom Repräsentativorgan erlassenen Gesetze, obwohl die Volksvertretung den volksinitiierten Entwurf vorher abgelehnt hatte (sonst wäre es zum Volksentscheid nicht mehr gekommen).³⁶³

Danach ist auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung der Verwaltungsrechtsweg für Klagen gegen behördliche Entscheidungen, die das Abstimmungsrecht eines Bürgers betreffen, insbesondere auf Eintragung in das Wählerverzeichnis, eröffnet. Um einen Streit verfassungsrechtlicher Art handelt es sich nicht, weil

Pieroth, in: Jarass / Pieroth, Grundgesetz, Art. 41 Rn. 4; *Schenke*, in: Dolzer / K. Vogel / Grauhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn. 242 (Stand: Zweitbearbeitung Dezember 1982).

³⁵⁷ VGH München, BayVBl 1990, S. 721 (721 f.); offen gelassen in BVerwGE 51, 69 (71). Vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 70, und kritisch Kopp / *Schenke*, VwGO, § 40 Rn. 32a.

³⁵⁸ BVerfGE 13, 54 (95).

³⁵⁹ *Ehlers*, in: Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 153.

³⁶⁰ *Ehlers*, in: Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 187.

³⁶¹ Vgl. *Ehlers*, in: Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 153 Fn. 513. Im Übrigen wird mit Art. 41 GG argumentiert, vgl. *Ehlers*, a. a. O., Rn. 187. Die Vorschrift habe die Korrektur von Wahlfehlern bei Bundestagswahlen dem Rechtsweg des Art. 19 Abs. 4 GG entzogen. Das Argument greift für Abstimmungen in Ländern und Kommunen nicht.

³⁶² Vgl. dazu bereits oben unter I.2, bei Fn. 331 (S. 195 f.).

³⁶³ Siehe Zweiter Teil, Drittes Kapitel, S. 38, bei Fn. 85.

jedenfalls die Abstimmungsbehörden kein Verfassungssubjekt sind. Weil das Abstimmungsrecht des Bürgers auch betroffen ist, wenn die zuständige Behörde die Durchführung des rechtmäßig zustande gekommenen Entscheids schlicht verweigert, gilt das Gesagte auch insoweit.

3. Abstimmungsprüfung

Für das Recht der Abstimmungsprüfung greifen keine anderen prozessrechtlichen Konsequenzen als jene, die vorgehend bereits gezogen worden sind. Insbesondere gilt, sofern das einschlägige Landesrecht das Abstimmungsrecht nicht subjektiv-rechtlich ausgestaltet hat (was lediglich für die Geheimheit und Gleichheit der Abstimmung vorgegeben ist), der verfassungspolitisch bedauerliche, aber rechtsdogmatisch zwingende Befund, dass der Entscheid Ausübung von Staatsgewalt darstellt. Daher liegt es am Landesgesetzgeber zu bestimmen, ob er eine Abstimmungsprüfung überhaupt vorsehen und wenn ja, wie er sie gestalten will. Sichtet man das geltende Recht, dann ergibt sich ein buntes Bild.

Auf Landesebene unterliegen Volksabstimmungen regelmäßig einer mit der Wahlprüfung vergleichbaren Anfechtung,³⁶⁴ mit der dann die Abstimmungsprüfung einhergeht.³⁶⁵ Auf kommunaler Ebene regeln nur wenige Gemeindeordnungen ausdrücklich, dass der Bürgerentscheid in sinngemäßer Anwendung des Kommunalwahlgesetzes durchzuführen ist.³⁶⁶ Das Kommunalrecht der meisten Länder enthält keine Regelung.³⁶⁷ In diesen Fällen ist zu erwägen, inwieweit die Lücke durch analoge Anwendung des jeweiligen Kommunalwahlgesetzes geschlossen werden kann.³⁶⁸

III. Rechtsschutz gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen

Die Gemeinden werden nach den Landesverfassungen von den Ländern überwacht.³⁶⁹ Dabei geht es der Rechtsaufsicht um die Gesetzmäßigkeit gemeindlichen Handelns.³⁷⁰ Daher hat die Aufsichtsbehörde,³⁷¹ sofern rechtsaufsichtliche Maß-

³⁶⁴ Vgl. beispielsweise *NW VIVBVE* § 23 Abs. 2 S. 3.

³⁶⁵ Vgl. auch *SH Vf Art.* 3 Abs. 3.

³⁶⁶ So etwa *Bb GO* § 20 Abs. 7, *BW GemO* § 21 Abs. 8, *KomWG* § 41 Abs. 3; *SA GO* § 26 Abs. 5, *SA KWG* § 57.

³⁶⁷ So ermächtigt etwa *NW GO* § 26 Abs. 10 das Innenministerium zu einer Regelung per Rechtsverordnung. Diese Rechtsverordnung ist nicht erlassen worden. Vielmehr hat der Städte- und Gemeindebund eine Mustersatzung erarbeitet, die auf den Webseiten des Innenministeriums NW zu finden ist (vgl. www.im.nrw.de/bue/118.htm; Stand: November 2004).

³⁶⁸ *Fischer*, *DÖV* 1996, S. 181 (187), dort auch zu gebotenen Modifikationen.

³⁶⁹ *Gern*, *Kommunalrecht*, Rn. 801; *Stober*, *Kommunalrecht*, S. 148 f. (mit dem Nachweis des einschlägigen Landesverfassungsrechts in Fn. 10).

³⁷⁰ *Gern*, *Kommunalrecht*, Rn. 806; *Stober*, *Kommunalrecht*, S. 149 (mit dem Nachweis des einschlägigen Landesrechts in Fn. 17).

nahmen nicht eigens ausgeschlossen sind,³⁷² auch die Möglichkeit, das Volksgesetzgebungsverfahren auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen.³⁷³ Insbesondere kann die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Begehrens, die der Rat gefällt hat, beanstandet und aufgehoben,³⁷⁴ die Durchführung des Bürgerentscheids kontrolliert³⁷⁵ und der Bürgerentscheid selbst annulliert werden. Zur Not kann die Aufsichtsbehörde den Entscheid im Wege der Ersatzvornahme auch selbst durchführen.³⁷⁵ Soweit die Aufsichtsbehörden von diesen Befugnissen Gebrauch machen, was nach den meisten Gemeindeordnungen im Ermessen der Aufsichtsbehörde steht,³⁷⁶ verwandeln sich intrakommunale Meinungsverschiedenheiten über die Zulässigkeit des Begehrens in „normale“ aufsichtsrechtliche Streitigkeiten.³⁷⁷ Der Rechtsschutz richtet sich dann nach den allgemeinen Grundsätzen.³⁷⁸

IV. Präventiver Rechtsschutz gegen Volksgesetze

Bereits oben wurde die repressive Normenkontrolle behandelt, die jeder Adressat einer Satzung – gleichgültig, ob vom Rat oder vom Volk beschlossen – mit dem Vorbringen anstrengen kann, dass das materielle Gesetz ihn in seinen Grundrechten verletze. Daneben unterliegen per Bürgerentscheid beschlossene Satzungen – im Gegensatz zu Ratssatzungen – der präventiven Normenkontrolle. Gemäß § 47 VwGO ist präventive Normenkontrolle freilich nie möglich, denn die Vorschrift verlangt, dass die zu überprüfende Norm „erlassen“ ist, also bereits verkündet bzw. bekannt gegeben wurde.³⁷⁹ Präventive Normenkontrolle erfolgt vielmehr, weil Begehren der Zulassung bedürfen. Das Verfahren wurde bereits oben erörtert. Ist es Zulassungsvoraussetzung, dass der Gesetzentwurf rechtmäßig bzw. grundgesetzkonform ist,³⁸⁰ wird auch die Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetz-

³⁷¹ Die Zuständigkeiten nach den jeweiligen Kommunalverfassungen stellt *Gern*, Kommunalrecht, Rn. 808, zusammen.

³⁷² Vgl. nur *Hs HGO* § 8b Abs. 7 S. 3, der die Anwendung des *Hs HGO* § 138 ausschließt, so dass die Aufsichtsbehörde Bürgerentscheide nicht beanstanden und aufheben darf.

³⁷³ Vgl. nur *Th KO* § 17 Abs. 5 S. 4, der die Befugnisse der Rechtsaufsicht ausdrücklich unberührt lässt.

³⁷⁴ v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (142).

³⁷⁵ *Jaroschek*, BayVBl 1997, S. 39 (43).

³⁷⁶ *Gern*, Kommunalrecht, Rn. 804, 812; *Stober*, Kommunalrecht, S. 154 (dort auch zu den Ausnahmen). A.A. *Wächter*, Kommunalrecht, Rn. 198, ähnlich v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 855 f.

³⁷⁷ v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (142).

³⁷⁸ *Stober*, Kommunalrecht, S. 156.

³⁷⁹ Das folgt aus § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Ebenso VGH Mannheim, NJW 1976, S. 1706 f. (1706, Ls. 1); *Gerhard*, in: Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 47 Rn. 16; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 19 Rn. 25.

³⁸⁰ *Bb GO* § 20 Abs. 3 lit. i=LKRÖ § 18; *Hs HGO* § 8b Abs. 2 Nr. 7; *MV KV* § 20 Abs. 3 Nr. 7 (§ 102 Abs. 2 S. 2); *Ns NGO* § 22b Abs. 3 S. 2 Nr. 8; *NLO* § 17b Abs. 3 S. 2 Nr. 7;

zes geprüft. Entstehen Streitigkeiten, geht es um Innenrechtsschutz, weil die Bürger ihr Recht verteidigen, ein Begehren durchzuführen. Der Streit bleibt daher auch dann ein Innenrechtsstreit, wenn die Behörde das Recht, ein Begehren durchzuführen, mit dem Argument beschränkt, das entworfene Gesetz griffe, seine Verabschiedung unterstellt, in Grundrechte Dritter ein.

B. Landesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz

I. Präventive Normenkontrolle im Zulassungsverfahren

Landesverfassungsgerichte gewähren Rechtsschutz, wenn die Zulassung eines Volksbegehrens verweigert wird. Über den Zulassungsantrag, dem der ausgearbeitete und begründete Gesetzentwurf beigefügt ist, entscheidet meist³⁸¹ die Landesregierung³⁸² oder der Innenminister³⁸³. Regelmäßig ist es Zulassungsvoraussetzung, dass der Gesetzentwurf rechtmäßig bzw. grundgesetzkonform ist.³⁸⁴ In diesen Fällen unterliegen Volksbegehren also der präventiven Normenkontrolle im Zulassungsverfahren. In diesem Verfahren ist auch die Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes zu prüfen, denen der verabschiedete Entwurf wie gezeigt genügen muss.³⁸⁵ Verletzt das Gesetz, sein Inkrafttreten unterstellt, nach Auffassung der prüfenden Stelle Grundrechte, ist die Zulassung des Begehrens zu versagen. Gegen diese Entscheidung ist der Rechtsweg zum Landesverfassungsgericht eröffnet.³⁸⁶

NW GO § 26 Abs. 5 Nr. 9; *KrO* § 23 Abs. 5 Nr. 8; *RP* GemO § 17a Abs. 2 Nr. 9; *LKO* § 11e Abs. 1 Nr. 8; *Sl* KSVG § 21a Abs. 4 Nr. 9 (§ 153a Abs. 2); *Ss* GemO § 24 Abs. 2 S. 2 Nr. 8=L*KrO* § 22; *SA* GO § 26 Abs. 3 Nr. 7=L*KO* § 19; *Th* KO § 17 Abs. 2 Nr. 6.

³⁸¹ *Landeswahlleiter*: *Bm* GVfVe § 10 Abs. 1; *MV* VaG § 14 Abs. 2. *Landtagspräsident*: *Ss* VVVG § 10; *Th* BVVG § 11 Abs. 1 S. 1. *Präsident des Abgeordnetenhauses*: *Bl* VInG § 7 Abs. 1 S. 1. Vgl. aber auch *Bm* GVfVE § 12 Abs. 1 S. 1; *Hb* GVBVE § 5 Abs. 2, wonach jeweils der Senat entscheidet.

³⁸² *RP* LWG § 64 Abs. 1 S. 1; *Hs* GVBVE § 3 Abs. 1 S. 1; *Ns* VAbstG § 19 Abs. 2; *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 5; *VIVBVEG* § 19 Abs. 2; *SA* VAbstG § 11 Abs. 1 S. 1.

³⁸³ *BW* VAbstG § 25 Abs. 1 S. 1; *By* LWG Art. 64 Abs. 1 S. 1; *Sl* VAbstG § 2 Abs. 1.

³⁸⁴ *BW* Vf Art. 68 Abs. 1 Nr. 4, *StGHG* § 8 Abs. 2, *VAbstG* § 27 Abs. 1 Nr. 2; *Bm* Vf Art. 140 Abs. 2, *StGHG* § 31, *GVfVe* § 9 Nr. 2 lit. b. Bisweilen fehlt eine solche Aussage jedoch, etwa in Bayern, vgl. *By* Vf Art. 67, und in Hessen, vgl. *Hs* Vf Art. 131 Abs. 1, *GVBVE* § 4 S. 2, § 3 Abs. 2 S. 1 (nur Landesverfassungsmäßigkeit, siehe *Rozek*, Landesverfassungsgerichte, S. 246 f.).

³⁸⁵ Siehe oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 2 A.

³⁸⁶ *BW* VAbstG § 27 Abs. 3 S. 1; *Bm* *StGHG* § 31 Abs. 1 S. 1; *Hs* Vf Art. 124 Abs. 4, *GVBVE* § 4 S. 2; *Ns* Vf Art. 48 Abs. 2, Art. 54 Abs. 2; *NW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 6 i. V. m. *VIVBVEG* § 20 Abs. 2; *RP* LWG § 75 Abs. 1; *Sl* Vf Art. 99 Abs. 3 S. 2; *Ss* Vf Art. 71 Abs. 2 S. 3; *SA* Vf Art. 81 Abs. 2 S. 1, Art. 75 Nr. 2. Für Schleswig-Holstein entscheidet das Bundesverfassungsgericht gemäß GG Art. 99, *SH* Vf Art. 44 Nr. 3, Art. 42 Abs. 1 S. 4. Bisweilen hat die Behörde bei Unzulässigkeit das Landesverfassungsgericht auch von Amts wegen anzurufen. So liegt der Fall gemäß *By* LWG Art. 64 Abs. 1 S. 1; *Bb* Vf Art. 77 Abs. 2; *Bm* *GVfVe*

II. Organstreitigkeiten über die Durchführung der Volksgesetzgebung

Während des Volksgesetzgebungsverfahrens existieren bisweilen besondere, bereits erörterte Verfahren zum Rechtsschutz der Initiatoren. Ihnen sind Rechtsmittel etwa gegen die Feststellung der Unzulässigkeit³⁸⁷, in Bezug auf die Durchführung von Volksbegehren³⁸⁸ und Volksentscheid³⁸⁹ sowie zur Abstimmungsprüfung³⁹⁰ gegeben. Insoweit ein besonderes Verfahren demgegenüber nicht eingerichtet ist, erscheint es – vorbehaltlich landesrechtlicher Besonderheiten – grundsätzlich möglich, einen Organstreit³⁹¹ für statthaft zu halten.³⁹² Über Organstreitigkeiten entscheidet in allen Ländern das Landesverfassungsgericht.³⁹³

§ 12 Abs. 2; *MV* Vf Art. 60 Abs. 2 S. 2, Art. 53 Nr. 3; *Ss* Vf Art. 71 Abs. 2 S. 3; *Th* Art. 82 Abs. 5 S. 2. Vgl. dazu *Menzel*, Landesverfassungsrecht, S. 398, 527 ff.; *Rozek*, Landesverfassungsgerichte, S. 240 ff.

³⁸⁷ Rechtsschutz gegen die Feststellung der Unzulässigkeit eines Volksbegehrens gewähren die Landesverfassungsgerichte gemäß *BI* VInG § 17, § 41 Abs. 1, VerfGHG § 14 Nr. 7, § 55; *Bb* Vf Art. 77 Abs. 2, VerfGG § 12 Nr. 8, § 60; *Hs* GVBVE § 14 S. 1, vgl. § 4 S. 2, StGHG § 15 Nr. 6; §§ 48 f.; *MV* Vf Art. 60 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 53 Nr. 9; LVerfGG § 11 Nr. 6, § 49; *SI* Vf Art. 99 Abs. 3 S. 2; VerfGHG § 9 Nr. 9, § 50; *Th* Vf Art. 82 Abs. 3 S. 2, Art. 80 Abs. 1 Nr. 6; VerfGHG § 11 Nr. 6, § 49.

³⁸⁸ Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Durchführung von Volksbegehren gewähren die Landesverfassungsgerichte gemäß *BI* VInG § 25, § 41 Abs. 1, VerfGHG § 14 Nr. 7, § 55; *Hb* Vf Art. 50 Abs. 6, Art. 65 Abs. 3 Nr. 5; GVBVE § 26 Abs. 1 Nr. 1, § 27 Abs. 1; VerfGG § 14 Nr. 5; §§ 43a ff.; *MV* Vf Art. 53 Nr. 3; LVerfGG § 11 Nr. 7, § 50; *Ns* Vf Art. 54 Nr. 2; StGHG § 8 Nr. 7, §§ 31 f.; *SI* Vf Art. 99 Abs. 3 S. 2; VerfGHG § 9 Nr. 9, § 51; *SA* LVerfGG § 2 Nr. 3, § 52.

³⁸⁹ Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Durchführung von Volksentscheiden gewähren die Landesverfassungsgerichte gemäß *BI* VInG § 38, § 41 Abs. 1, VerfGHG § 14 Nr. 7, § 55; *Hb* Vf Art. 65 Abs. 3 Nr. 5, GVBVE § 27 Abs. 2 S. 1; *Hs* GVBVE § 16 Abs. 2, StGHG § 15 Nr. 6; § 49; *MV* Vf Art. 53 Nr. 3; LVerfGG § 11 Nr. 7, § 50; *Ns* Vf Art. 54 Nr. 2; StGHG § 8 Nr. 7, §§ 31 f.; *SI* VerfGHG § 9 Nr. 10 f., §§ 52 f.; *SA* Vf Art. 75 Nr. 2, LVerfGG § 2 Nr. 3, § 52.

³⁹⁰ Eine Abstimmungsprüfung obliegt den Landesverfassungsgerichten gemäß *Hs* Vf Art. 131 Abs. 1 Var. 3; GVBVE § 23 Abs. 2; VAbstG § 15 Abs. 2; StGHG § 15 Nr. 6; §§ 50 f.; *Hb* Vf Art. 65 Abs. 3 Nr. 5; GVBVE § 27 Abs. 2 S. 1; VerfGG § 14 Nr. 5; § 43c; *SI* VerfGHG § 9 Nr. 11, § 53.

³⁹¹ Statt von Organen möchte Ehlers lieber von Innenrechtssubjekten sprechen, weil Verfassungsorgane oder Organteile nicht immer beteiligt sein müssen, wie der Bund-Länder-Streit gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG und die prinzipiale Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG zeigen (*Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 152). Wegen der Anschaulichkeit soll hier gleichwohl, quasi als *pars pro toto*, weiterhin von Organstreitigkeiten die Rede sein dürfen. Das geltende Recht verwendet den Begriff in *BI* VerfGHG vor §§ 36 ff.; *Bb* VerfGG vor §§ 35 ff.; *Ns* StGHG vor § 30; *NW* VGHG § 43 (amtliche Überschrift); *SI* VerfGHG vor §§ 39 ff.; *SA* LVerfGG vor §§ 35 ff.; *Th* VerfGHG vor §§ 38 ff.; vgl. auch *Ss* VerfGHG vor §§ 17 ff. (Organstreitverfahren). Anders etwa *Hs* Vf Art. 131 Abs. 1 Var. 4; StGHG § 15 Nr. 4, § 42 (Verfassungsstreitigkeiten).

³⁹² *Triepel*, VVDStRL 5 (1929), S. 2 (24) ging auf der Staatsrechtslehrertagung 1928 in Wien davon aus, dass die Rechtsprechung damals – seines Erachtens zu Recht – „eine Volksgruppe“ als parteifähig ansehen würde, „die gegen die Landesregierung wegen verfassungswidriger Einschränkung des Rechtes auf Volksbegehren vorgehen will, selbst wenn in der

Ein Organ ist ein durch Rechtssätze gebildetes, selbstständiges institutionelles Subjekt mit transitorischen Zuständigkeiten zur funktionsteiligen Wahrnehmung von Aufgaben einer rechtsfähigen oder zumindest teilrechtsfähigen Organisation.³⁹⁴ Die Organstellung des Volkes könnte unmittelbar aus der Bundesverfassung folgen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Volk im Zusammenhang mit der Ausübung von Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als „Verfassungsorgan“ bezeichnet³⁹⁵ und vom „Volk als Staatsorgan“ gesprochen³⁹⁶. Herzog entnimmt der Vorschrift, dass die im Volk bzw. der Aktivbürgerschaft zusammengefassten Personen als „geborenes Staatsorgan“³⁹⁷ in einer „geborenen Organwalterstellung“ stünden.³⁹⁸ Insofern daraus die Parteifähigkeit im Organstreit als verfassungsrechtlich vorgegeben folgen soll, wird demgegenüber an dieser Stelle vertreten, dass die Bundesverfassung das in Ländern und Kommunen gesetzgebende Volk keineswegs in eine Organstellung einweise. Dafür liefert zunächst Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ein Argument. In der Vorschrift ist vom Begriff der Abstimmungen im ersten Teil des Satzes, von Organen dagegen erst im zweiten Teil die Rede. Dementsprechend wurde oben versucht zu zeigen, dass Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG organkreativ zu lesen ist.³⁹⁹ Kreiert wird das besondere Organ der Gesetzgebung. Freilich ist dem Bundesverfassungsgericht zuzugeben, dass Gesetzgebung und Volksabstimmung nicht im Gegensatz stehen, sondern dass Gesetzgebung auch durch Volksabstimmung erfolgen kann. Daher wurde oben versucht darzulegen, dass die Volksabstimmung unter „Gesetzgebung“ im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG fällt.⁴⁰⁰ Dabei darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden,

Landesverfassung nicht ausdrücklich ... bestimmt ist, daß durch Volksbegehren ein Verfassungsstreitverfahren eingeleitet werden kann.“

³⁹³ *BW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; StGHG § 8 Abs. 1 Nr. 1, §§ 44 ff.; *By* Vf Art. 64; VfGHG Art. 2 Nr. 4, Art. 49; *Bl* Vf Art. 84 Abs. 2 Nr. 1; VerfGHG § 14 Nr. 1, §§ 36 ff.; *Bb* Vf Art. 113 Nr. 1; VerfGG § 12 Nr. 1; §§ 35 ff.; *Bm* Vf Art. 140 Abs. 1; StGHG § 10 Abs. 2; §§ 24 ff.; *Hb* Vf Art. 65 Abs. 3 Nr. 1–2; VerfGG § 14 Nr. 1–2; §§ 38 f., §§ 39a ff.; *Hs* Vf Art. 131 Abs. 1 Var. 4; StGHG § 15 Nr. 4, § 42; *MV* Vf Art. 53 Nr. 1; LVerfGG § 11 Abs. 1 Nr. 1; §§ 35 ff.; *Ns* Vf Art. 54 Nr. 1; StGHG § 8 Nr. 6, § 30; *NW* Vf Art. 75 Nr. 2; VGHG § 12 Nr. 5; §§ 43 ff.; *RP* Vf Art. 130 Abs. 1; VerfGHG § 2 Nr. 1 lit. a; § 23 ff.; *Sl* Vf Art. 97 Nr. 1; VerfGHG § 9 Nr. 5; §§ 39 ff.; *Ss* Vf Art. 81 Abs. 1 Nr. 1; VerfGHG § 7 Nr. 1, §§ 17 ff.; *SA* Vf Art. 75 Nr. 1; LVerfGG § 2 Nr. 2, §§ 35 ff.; *SH* Vf Art. 44 Nr. 1; *Th* Vf Art. 80 Abs. 1 Nr. 3; VerfGHG § 11 Nr. 3, §§ 38 ff.

³⁹⁴ *Pieroth/Kampmann*, NWVB 1987, S. 59 (60); *H. J. Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht II, § 74 I f (S. 48). Die Merkmale erläutert *Schnapp*, Jura 1980, S. 68 (73).

³⁹⁵ BVerfGE 13, 54 (95).

³⁹⁶ BVerfGE 8, 104 (113); vgl. aber BVerfGE 13, 54 (85). Zu Rechtsprechung und Literatur ausführlich *Diemert*, Innenrechtsstreit, S. 160 ff.

³⁹⁷ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 II Rn. 52 (Stand: Juni 1978).

³⁹⁸ *Herzog*, Die Wesensmerkmale der Staatsorganisation in rechtstheoretischer und entwicklungsgeschichtlicher Sicht, unveröffentlichte Habilitationsschrift, München 1964, zitiert nach *Heyen*, Problem des Beliehenen, S. 63; kritisch *Herrmann*, Volksgesetzgebungsverfahren, S. 75 f.

³⁹⁹ Siehe Viertes Teil, Zweites Kapitel, § 1 B. IV.

dass das Grundgesetz den Begriff der Gesetzgebung mehrfach verwendet. Als Oberbegriff beschreibt „Gesetzgebung“ in Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG eine Funktion. Gesetzgebung in diesem Sinne erfolgt nun auf zwei Wegen: entweder durch das Volk per Abstimmung (gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 Teil 1 GG) oder durch besondere Organe der Gesetzgebung (gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 Teil 2 GG in Verbindung mit Landesverfassungsrecht oder mit Art. 70 ff. GG).

Vor diesem Hintergrund folgt die Organqualität des abstimmenden Volkes nur dann aus Art. 20 Abs. 2 GG, wenn dort bestimmt wäre, dass das Volk (wenn schon kein „besonderes Organ“ – da ist der Wortlaut vor –, so doch) ein nicht-besonderes Organ sei, also etwa ein Staats-,⁴⁰¹ ein allgemeines oder ein einfaches Organ. Das bestimmt Art. 20 Abs. 2 GG jedenfalls nicht ausdrücklich. Hinzu kommt, dass es dem Volk nach dem Grundgesetz jedenfalls an der Organqualität im Sinne des Prozessrechts fehlt.⁴⁰² Das Volk als solches kann nicht selbst als Partei vor dem Bundesverfassungsgericht erscheinen, und weder das Grundgesetz noch – was ausreichen dürfte – ein Ausführungsgesetz hat seine Vertretung geregelt.⁴⁰³ Wenn das Volk, das gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG in Abstimmungen Staatsgewalt ausübt, als Organ bezeichnet wird, dann ist Organ also nicht in dem Sinn gemeint, in dem Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG den Begriff verwendet. Denn der dort verwandte Organbegriff setzt voraus, dass eine handlungsfähige Einheit streitet,⁴⁰⁴ und diese Handlungsfähigkeit enthält das Grundgesetz dem Volk vor.

Das Landesstaatsvolk könnte demgegenüber Organqualität durch die Landesverfassung erlangen. Wen sie zu einem Verfassungsorgan macht, entscheidet jede Landesverfassung selbst.⁴⁰⁵ Daher sind hier nur einige allgemeine Bemerkungen möglich. Während nach manchen Verfassungen die Parteifähigkeit dezidiert unabhängig von der Organstellung ist,⁴⁰⁶ machen andere die Organqualität des Antragstellers ausdrücklich zur Voraussetzung des schließlich aus diesem Grunde so genannten Organstreits.⁴⁰⁷ Es fragt sich daher, welche Voraussetzungen zu erfüllen sind, um Organ in diesem Sinne oder mindestens parteifähig im Organstreitverfahren zu sein. Erstens muss ein Organ, das vor Gericht auftreten soll, in der Lage sein, einen Willen bezüglich der Prozesshandlungen zu bilden. Für diese Handlungsfähigkeit ist ein Mindestmaß an organisatorischer Verfestigung uner-

⁴⁰⁰ Insofern Abstimmung, Ausfertigung und Verkündung betroffen sind, siehe oben Vierter Teil, Zweites Kapitel, § 2 A., B.

⁴⁰¹ *Roscheck*, Enthaltung, S. 40.

⁴⁰² Vgl. *Preuß*, DVBl. 1985, S. 710 (711), und *Ritgen*, Bürgerbegehren und -entscheid, S. 116, die zwischen der materiell-verfassungsrechtlichen und der verfassungsprozessualen Organstellung des Volkes unterscheiden.

⁴⁰³ BVerfGE 13, 54 (85) mit Verweis auf BVerfGE 4, 27 (30).

⁴⁰⁴ BVerfGE 13, 54 (85).

⁴⁰⁵ *Rozek*, Landesverfassungsgerichte, S. 44.

⁴⁰⁶ *Hs Vf* Art. 131 Abs. 1 Var. 4, Abs. 2; *SH Vf* Art. 44 Nr. 1.

⁴⁰⁷ Jedenfalls kommt es auf die Organstellung an gemäß *By Vf* Art. 64 („oberste[s] Staatsorgan“); *Bm Vf* Art. 140 Abs. 1 („Verfassungsorgane“).

lässlich.⁴⁰⁸ Zweitens zeigt der Begriff des Landesorgans an, dass das Organ dem Land zugeordnet sein muss.⁴⁰⁹ Drittens muss die Landesverfassung das Organ regelmäßig nicht nur „beteiligen“, sondern darüber hinaus noch mit Rechten ausstatten.⁴¹⁰

Je nach Landesrecht können die drei Voraussetzungen erst bei den zum Volksbegehren zusammengeschlossenen Bürgern oder schon bei jedem einzelnen Beteiligten gegeben sein. An der ersten Voraussetzung, dem Mindestmaß an organisatorischer Verfestigung, fehlte es etwa, wenn ein Landesrecht für das Begehren lediglich eine bestimmte Zahl von Unterschriften genügen ließe, ohne es zur Voraussetzung zu machen, dass daneben noch die Namen der Unterzeichner erfasst würden. Abgesehen davon, dass ein solches Abstimmungsrecht wenig zweckmäßig wäre, vermittelte es den erforderlichen Organisationsgrad sicherlich nicht. Zur Willensbildung in der Lage ist eine Gruppe aber, sobald das Landesrecht eine Vertretung des Volksbegehrens vorsieht.⁴¹¹

Das Mindestmaß organisatorischer Verfestigung verfehlen dagegen sowohl Mehrheit als auch Minderheit beim Volksentscheid. Das stimmt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überein. Das Gericht hat es der „Mehrheit der Abgeordneten“ des Bundestages verwehrt, einen Organstreit zu führen.⁴¹² Das bloße Potential einer gewissen Anzahl von Abgeordneten, das relevante Quorum zu bilden, stelle kein Kriterium dar, mittels dessen diese Gruppe hinreichend scharf und dauerhaft abgegrenzt werden könne.⁴¹³ Dass etwas anderes gilt für eine Minderheit, die sich durch einen Antrag nach Art. 44 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 1 PUAG als Viertel der Mitglieder des Bundestages konstituiert hat,⁴¹⁴ bestätigt die hier vertretene Position. Genauso, wie die namentlich aufgeführten, antragstellenden Abgeordneten hinreichend organisiert sind, sind das auch die namentlich aufgelisteten Befürworter eines Volksbegehrens.

Die zweite Voraussetzung, dass ein Organ des Landes agiert, ist nur erfüllt, wenn es um Volksgesetzgebung auf Landesebene geht, nicht aber auf kommunaler

⁴⁰⁸ BVerfGE 13, 54 (95); *Grawert*, Volksbegehren, NWVBl 1987, S. 2 (6).

⁴⁰⁹ Daher hat BVerfGE 13, 54 (Ls. 6 c), entschieden, dass der Bürger, der beim Volksentscheid seine Stimme gemäß Art. 29 Abs. 3 GG abgibt, nicht an einem Akt eines Bundesorgans teilnimmt. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass es sich um ein Territorialplebiszit handelt, siehe oben S. 28, bei Fn. 11.

⁴¹⁰ Dabei kann offen bleiben, ob das ein Wesensmerkmal des Organbegriffs ist oder ob es erst aus der systematischen Zusammenschau mit dem anderen Beteiligten folgt, der von der Landesverfassung mit eigenen Rechten ausgestattet sein muss.

⁴¹¹ Dabei genügt es, dass die Vertretung in Ausführung der Landesverfassung einfach-rechtlich geregelt wird. Der Begriff des Organs lässt, wie etwa auch der Begriff der juristischen Person in Art. 19 Abs. 3 GG, eine solche einfach-rechtliche Konkretisierung zu.

⁴¹² BVerfGE 2, 143 (160 ff., insb. 163). Zustimmend *Ehlers*, Jura 2003, S. 315 (317).

⁴¹³ Vgl. *Cremer*, Anwendungsorientierte Verfassungsauslegung, S. 58.

⁴¹⁴ Vgl. BVerfGE 2, 143 (162); 67, 100 (124); *Cremer*, Anwendungsorientierte Verfassungsauslegung, S. 58 Fn. 25.

Ebene. Drittens darf das Landesorgan an der Volksgesetzgebung nicht bloß beteiligt sein; die Landesverfassung muss ihm vielmehr insoweit eigene Rechte zugewiesen haben. Die landesverfassungsrechtlich gewährten Kompetenzen zur Gesetzesinitiative bzw. zur Gesetzgebung sind solche Rechte.⁴¹⁵ Die Landesverfassung vermag diese Kompetenzen dem Begehren zu gewähren, also den Unterzeichnern als Gruppe. Sie kann aber auch jedem einzelnen Unterzeichner ein Klagerecht bzw. eine Antragsbefugnis einräumen. Je nachdem handelt es sich um ein Recht des Begehrens oder jeder Einzelperson. Letzterenfalls ist konsequenterweise auch jeder einzelne Unterzeichner im Organstreit parteifähig, genauso wie es jeder einzelne Parlamentsabgeordnete ist.

Dieses Ergebnis entspricht nur teilweise der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,⁴¹⁶ die auf ein geteiltes Echo gestoßen ist.⁴¹⁷ Die hier entwickelte Lösung folgt dem Gericht insoweit, als dass sie die Unterstützer eines Volksbegehrens als Teil des in der Verfassung aufgeführten Gesetzgebungsorgans Volk und damit als beteiligungsfähig ansieht. Im Gegensatz zu der hier vertretenen, nach Landesrecht differenzierenden Auffassung geht das Gericht jedoch offenbar davon aus, dass der einzelne Bürger, der einen Antrag auf Zulassung eines Volksbegeh-

⁴¹⁵ *Pieroth/Kampmann*, NWVBl 1987, S. 59 (59, 60). A.A. *E. Klein*, in: Benda/E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 1120. Offen gelassen in BVerfGE 60, 175 (202).

⁴¹⁶ Die Organqualität bejaht BVerfGE 96, 231 (240 f.). Offen gelassen in BVerfGE 60, 175 (202); BVerfG, NVwZ 2002, S. 67 (67). Zur Frage, ob es um eigene Rechte des Bürgerbegehrens oder um fremde, für das Volk in Prozess-Standschaft geltend gemachte Rechte geht, vgl. BVerfGE 13, 54 (84 f.); SächsVerfGH, LKV 1998, S. 443.

⁴¹⁷ Für Organqualität *By* VerfGHE 2, 181 (218); 44, 9 (14); *Ss* VerfGH, LKV 1998, S. 443; *Hb* VerfG, NVwZ-RR 2004, S. 672 (673) (Organqualität bleibt offen; jedenfalls parteifähig im Organstreit); *Ebsen*, AöR 110 (1985), S. 2 (6); *Ermacora*, Allgemeine Staatslehre, S. 929 f.; *Fischer*, NWVBl 1995, S. 366 (369); *Hernekamp*, Formen und Verfahren direkter Demokratie, S. 18; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 582 f.; *Jürgens*, Direkte Demokratie, S. 104, 108; *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, § 7 Rn. 12; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 40; *Preuß*, DVBl. 1985, S. 710 (712); für *NW*: *Dickersbach*, in: Geller/Kleinrahm, NW Vf, Art. 68 Anm. 1 c; *Pieroth/Kampmann*, NWVBl 1987, S. 59 (60). Für Quasi-Organqualität: OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, S. 411 (412); NVwZ-RR 1997, S. 241 (241); *Wefelmeier*, NdsVBl 1997, S. 31 (34). Diff. *E. Klein*, in: Benda/E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 1120 (Organ, aber mangels Organisation nicht parteifähig).

Gegen Organqualität VGH Kassel, DVBl. 1997, S. 1280 (1280); VGH München, BayVBl 1998, S. 23 (23); VG Dessau, LKV 1996, S. 74 (75); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Bd. 2, § 63 Rn. 49 ff. (mit Hinweisen zu landesverfassungsrechtlichen Besonderheiten in Rn. 51); *Clemens*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §§ 63, 64, Rn. 128 ff.; v. *Danwitz*, DVBl. 1996, S. 134 (141); *Grawert*, Jura 1982, S. 300 (304); *ders.*, Volksbegehren, NWVBl 1987, S. 6 (für *NW*); *Knemeyer*, DVBl. 2000, S. 876 (879 f., Fn. 28 a. E.); *Löwer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 56 Rn. 18; *W. Meyer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Bd. 3, Art. 93 Rn. 29; *Schliesky*, ZG 1999, S. 91 (110); *Stern*, in: Dolzer/K. Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 93 Rn. 102, 143 (Stand: März 1982); *Rinken*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 3, Art. 93 Rn. 9 (Stand: Oktober 2001); kritisch auch *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 153.

rens unterzeichnet habe, nie parteifähig sei.⁴¹⁸ Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis vermag ich dem Grundgesetz nicht zu entnehmen.

III. Repressive Normenkontrolle

Wenn die Adressaten eines Volksgesetzes beim Landesverfassungsgericht eine (meist inzidente) Normenkontrolle anstrengen, geht es um Außenrechtsschutz, der bereits behandelt worden ist.⁴¹⁹ Im Innenrechtsverhältnis können Landesorgane Normenkontrollen anstrengen. Bestimmten Landesorganen steht die abstrakte Normenkontrolle zur Verfügung, die in allen Ländern eingeführt ist.⁴²⁰ Im Gegensatz zum Organstreit setzt dieses Verfahren keinen Streit voraus, und nur Normen können Gegenstand sein.⁴²¹ Die konkrete Normenkontrolle dagegen, von Gerichten anlässlich der Entscheidung eines Rechtsstreits angestrengt, führt meist zum Bundesverfassungsgericht. Das Landesverfassungsgericht ist daneben nur zuständig, wenn zugleich eine Vorschrift der Landesverfassung verletzt wird.⁴²² Das Instanzgericht hat in diesem Fall die Wahl, welchem Verfassungsgericht es zuerst oder ob es beiden gleichzeitig vorlegt.⁴²³ Das Verfahren konkreter Normenkontrolle vor dem Landesverfassungsgericht kennen außer Schleswig-Holstein⁴²⁴ alle Länder.⁴²⁵ Sowohl für die abstrakte als auch für die konkrete Normenkontrolle kommt es auf

⁴¹⁸ BVerfGE 13, 54 (Ls. 8, 95 f.); 60, 175 (200 f.); anders noch die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs unter der Weimarer Reichsverfassung, vgl. *Preuß*, DVBl. 1985, S. 710 (712). Aus der Literatur zustimmend *Pieroth/Kampmann*, NWVBl 1987, S. 59 (59 f.). A.A. *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, § 7 Rn. 12 (S. 106). Die Organqualität der Bürger als *Wähler* bejahen BayVerfGE 2, 181 (218); *Anschütz*, Leitgedanken, S. 24 („die Gesamtheit der zum Reichstag Wahlberechtigten“ als „außerordentliches oberstes Reichsorgan“); v. *Gierke*, Grundbegriffe des Staatsrechts, S. 126 f.; sie verneint *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 679.

⁴¹⁹ Oben in § 1.

⁴²⁰ Abstrakte Normenkontrolle: *Bb* Vf Art. 113 Nr. 2; VerfGG §§ 39 ff.; *Bl* Vf Art. 84 Abs. 2 Nr. 2; VerfGHG § 14 Nr. 4, §§ 43 ff.; *Bm* Vf Art. 140 Abs. 1 S. 1; StGHG § 24; *BW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; StGHG §§ 48 ff.; *By* VerfGHG Art. 49 Abs. 1 Var. 2; *Hb* Vf Art. 65 Abs. 3; VerfGG § 14 Nr. 3, §§ 40 ff.; *Hs* Vf Art. 131 f.; StGHG § 15 Nr. 3, §§ 39 f.; *MV* Vf Art. 53 Nr. 2; LVerfGG § 11 Abs. 1 Nr. 2, §§ 39 ff.; *Ns* Vf Art. 54 Nr. 3; StGHG § 8 Nr. 8, §§ 33 f.; *NW* Vf Art. 75 Nr. 3; VGHG § 12 Nr. 3, §§ 47 ff.; *RP* Vf Art. 130 Abs. 1, Art. 135 Abs. 1 Nr. 1; VerfGHG § 2 Nr. 1 lit. a, §§ 23 ff.; *Sl* Vf Art. 97; VerfGHG § 9 Nr. 6, §§ 43 ff.; *Ss* Vf Art. 81 Abs. 1 Nr. 2, Art. 90; VerfGHG § 7 Nr. 2 und 8, §§ 21 ff., 36; *SA* Vf Art. 75 Nr. 3; LVerfGG § 2 Nr. 4, §§ 39 ff.; *SH* Vf Art. 44 Nr. 2; *Th* Vf Art. 80 Abs. 1 Nr. 4; VerfGHG § 11 Nr. 4, §§ 42 ff.

⁴²¹ *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, S. 373.

⁴²² Vgl. BVerfGE 2, 380 (388 f.); *Sturm*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 100 Rn. 23.

⁴²³ Vgl. VerfGH NW, OVG 16, 315 (316); *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 348; *Sturm*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 100 Rn. 23; *Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. III, Art. 100 Rn. 24 sowie für die Konstellation *BVerfG* nach *LVerfG* BVerfGE 17, 172 (179 f.); 34, 52 (58) und für die Konstellation *BVerfG* vor *LVerfG* BVerfGE 55, 207 (224 f.); 69, 174 (182 f.).

die bereits behandelte Frage an, ob das Landesverfassungsgericht die Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Grundgesetzes prüfen darf oder muss.⁴²⁶

C. Bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsschutz

I. Organstreitigkeiten über die Durchführung der Volksgesetzgebung

Streitigkeiten im Volksgesetzgebungsverfahren könnten vor dem Bundesverfassungsgericht im Wege des Organstreitverfahrens ausgetragen werden. In diesem Verfahren, einer „verfassungsgerichtlichen Innenrechtsstreitigkeit kontradiktorischer Art“⁴²⁷, sind Kompetenzen als Berechtigungen aus der staatsorganschaftlichen Sphäre zu verteidigen. Das hat das Bundesverfassungsgericht früh entschieden, nachdem ein Abgeordneter die Verletzung seines freien Mandats aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gerügt hatte.⁴²⁸ Das Grundgesetz erlaubt es, das Bundesverfassungsgericht nicht nur mit Bundes-, sondern auch mit Landesorganstreitigkeiten zu befassen. Dabei ist ein Anwendungsfall der Bundesorganstreitigkeit, über den gemäß § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG zu entscheiden wäre, in unseren Konstellationen derzeit nicht denkbar.⁴²⁹ In diesem Verfahren sind Lan-

⁴²⁴ Gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG muss ein Gericht aber die Möglichkeit haben, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes herbeizuführen. Dabei können die Länder die Vorlagepflicht des Art. 100 GG nur erweitern, nicht aber einschränken (Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 100 Rn. 4; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, § 13 I 4 (S. 203)).

⁴²⁵ Konkrete Normenkontrolle: *Bl* Vf Art. 84 Abs. 2 Nr. 4; VerfGHG § 14 Nr. 5, §§ 46 ff.; *BW* Vf Art. 68 Abs. 1 S. 1 Nr. 3; StGHG § 51; *By* Vf Art. 65, 92; VfGHG Art. 2 Nr. 5, Art. 50; *Bb* Vf Art. 113 Nr. 2; VerfGHG §§ 42 ff.; *Bm* Vf Art. 142 S. 1; StGHG § 10 Nr. 3, §§ 28 f.; *Hb* Vf Art. 64 Abs. 2, Art. 65 Nr. 6; VerfGG § 14 Nr. 6, §§ 44 ff.; *Hs* Vf Art. 133; StGHG § 15 Nr. 3, § 41; *MV* Vf Art. 53 Nr. 5; LVerfGG § 11 Abs. 1 Nr. 3, §§ 42 ff.; *Ns* Vf Art. 54 Nr. 4; StGHG § 8 Nr. 9, § 35; *NW* VGHG § 12 Nr. 7, §§ 50 f.; *RP* Vf Art. 130 Abs. 3, Art. 135 Abs. 1 Nr. 1; VerfGHG § 2 Nr. 1 a, §§ 23 ff.; *Sl* Vf Art. 97; VerfGHG § 9 Nr. 7, §§ 47 f.; *Ss* Vf Art. 81 Abs. 1 Nr. 3; VerfGHG § 7 Nr. 3, §§ 25 f.; *SA* Vf Art. 75 Nr. 5; LVerfGG § 2 Nr. 6, §§ 42 ff.; *Th* VerfGHG §§ 45 ff.

⁴²⁶ Siehe oben Drittes Kapitel, § 1 B. Bei Normenkontrollen ist es Sache des Landesgesetzgebers, das Verhältnis des Rechtsschutzes durch Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit zu regeln. Das bringt § 47 Abs. 3 VwGO zum Ausdruck, siehe Gerhard, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 47 Rn. 14.

⁴²⁷ Ehlers, Jura 2003, S. 315 (316).

⁴²⁸ BVerfGE 6, 445 (447 f.); vgl. aber auch die modifizierte Rechtsprechung in BVerfGE 108, 251 ff.

⁴²⁹ Es wird kritisiert, dass es sich entgegen der Terminologie des Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG und des § 63 BVerfGG nicht um „Rechte“, sondern der Sache nach um Kompetenzen handle, so Erichsen, Jura 1990, S. 670 (672); E. Klein, in: Benda/E. Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn. 1063; Wernsmann, Jura 2000, S. 344 (346 Fn. 34). Insoweit spricht Löwer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 56 Rn. 8, von einer *falsa demonstratio*. Wenn man „Rechte“ mit subjektiven Rechten identifiziert, ist diese

desorgane nicht parteifähig;⁴³⁰ es ist im Rahmen der Landesvolksgesetzgebung unzulässig.⁴³¹

Innerhalb eines Landes bestehende Verfassungsstreitigkeiten, insbesondere Organstreitigkeiten,⁴³² können dem Bundesverfassungsgericht gemäß § 13 Nr. 10, §§ 73 ff. BVerfGG, Art. 99 GG zur Entscheidung zugewiesen werden. Von dieser Möglichkeit hat nur Schleswig-Holstein Gebrauch gemacht.⁴³³ Das Bundesverfassungsgericht agiert dann „als Landesverfassungsgericht“⁴³⁴ und prüft anhand des Maßstabs, der dem Landesverfassungsgericht vorgegeben ist.⁴³⁵ Der insoweit mögliche Rechtsschutz wurde bereits behandelt.⁴³⁶

Schließlich entscheidet das Bundesverfassungsgericht gemäß § 13 Nr. 8, §§ 71 f. BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG über andere, in Art. 93 Abs. 1 GG nicht genannte öffentlich-rechtliche Streitigkeiten innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist.⁴³⁷ Antragsberechtigt sind gemäß § 71 Abs. 1 Nr. 3 BVerfGG nur die obersten Organe eines Landes und die in der Landesverfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile dieser Organe. Aufgrund dieser verfassungsmäßigen Konkretisierung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 3 GG⁴³⁸ kann ein Volksbegehren nur beteiligt sein, sofern die Landesverfassung es als ein oberstes Organ konstituiert. Insofern gilt das oben Gesagte.⁴³⁹ Die Voraussetzung, dass das Landesorganstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht als „subsidiärem Landesverfassungsgericht“⁴⁴⁰ nur offen steht, soweit nicht „ein anderer Rechtsweg gegeben ist“⁴⁴¹, ist zum einen erfüllt, wenn das Landesrecht dem Landesverfassungsgericht gar keine Organstreitigkeiten zu-

Kritik berechtigt. In dieser Abhandlung wurde deshalb als Oberbegriff für Kompetenzen und subjektive Rechte von Berechtigungen gesprochen. Wenn man Rechte nun aber als Synonym für Berechtigungen versteht, dann ist gegen die Begrifflichkeit des Grundgesetzes nichts einzuwenden.

⁴³⁰ Ehlers, Jura 2003, S. 315 (316); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 7.

⁴³¹ Vgl. Pieroth/Kampmann, NWVBl 1987, S. 59 (59).

⁴³² BVerfGE 1, 208 (218 f.); 60, 53 (63); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 99 Rn. 1; Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, Rn. 108.

⁴³³ SH Vf Art. 44; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 99 Rn. 1; Sachs, Verfassungsprozessrecht, Rn. 348.

⁴³⁴ BVerfGE 4, 144 (148).

⁴³⁵ Clemens, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar Grundgesetz Bd. 2, Art. 93 Rn. 60; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 99 Rn. 3. Vgl. zur Frage, ob die Grundrechte Prüfungsmaßstab in landesverfassungsgerichtlichen Verfahren sein können, oben in diesem Kapitel, § 1 B., S. 172 ff.

⁴³⁶ Sub B. (S. 203 ff.).

⁴³⁷ BVerfGE 6, 445 (449).

⁴³⁸ BVerfGE 60, 175 (199 f.); Pieroth/Kampmann, NWVBl 1987, S. 59 (59 f.); Rozek, Landesverfassungsgerichte, S. 45.

⁴³⁹ Siehe oben, in diesem Kapitel sub § 2 B. II., bei Fn. 405 ff.

⁴⁴⁰ BVerfGE 99, 1 (17); BVerfG, NVwZ 2004, S. 850 (851).

⁴⁴¹ Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG.

weist. Zum anderen ist das Bundesverfassungsgericht zuständig, soweit das Landesverfassungsprozessrecht den Kreis der Antragsberechtigten enger zieht als das Bundesverfassungsprozessrecht.⁴⁴² Der Prüfungsmaßstab ist gemäß § 72 Abs. 2 S. 1 BVerfGG das Landesverfassungsrecht. Dazu rechnen anerkanntermaßen auch Grundgesetznormen, die unmittelbar Geltung in der Landesrechtsordnung beanspruchen.⁴⁴³ Nach dem oben Gesagten dürften dazu auch die Grundrechte des Grundgesetzes, die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG auch die Landesstaatsgewalt binden, gehören.⁴⁴⁴

II. Rechtsschutz gegen Volksgesetze

Ist das Volksgesetz erst einmal beschlossen,⁴⁴⁵ kann dessen Grundrechtswidrigkeit auch vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden. Dabei stehen dieselben verfassungsgerichtlichen Verfahren zur Verfügung wie bei jedem anderen bundesverfassungswidrigen Landesgesetz.⁴⁴⁶ Die Grundrechte des Grundgesetzes sind Maßstab bei der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, wonach – insbesondere auf Antrag einer Landesregierung – nicht nur Bundes-, sondern auch Landesrecht Streitgegenstand sein kann und die inhaltliche Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz geprüft werden muss. Der Rang des Landesrechts ist gleichgültig: Materielle Gesetze sollen erfasst und sogar (kommunale) Satzungen Prüfungsgegenstand sein können.⁴⁴⁷

Der verfassungsrechtliche Bund-Länder-Streit gemäß § 13 Nr. 7 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG ist unstatthaft.⁴⁴⁸ Dieses Verfahren könnte der Bund gegen

⁴⁴² BVerfGE 60, 319 (323 f.); 93, 195 (202).

⁴⁴³ BVerfGE 66, 107 (114); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 44.

⁴⁴⁴ Zur Frage, ob die Grundrechte Prüfungsmaßstab in landesverfassungsgerichtlichen Verfahren sein können, vgl. oben in diesem Kapitel, § 1 B., S. 172 ff.

⁴⁴⁵ Parlamentsgesetze unterliegen dem richterlichen Prüfungsrecht erst nach ihrer Verkündung. Das gilt für abstrakte Normenkontrollen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 2a GG, so BVerfGE 1, 396 (400 ff., insb. 410), für konkrete Normenkontrollen gemäß Art. 100 GG (siehe oben Fn. 223 auf S. 177 m. w. N.) und für die bereits oben behandelte inzidente Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, so BVerfGE 11, 339 (342). Ausnahmen bilden Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen, wenn nur noch Ausfertigung und Verkündung fehlen – BVerfGE 1, 396 (413), zukünftige Wahlgesetze – BVerfGE 38, 326 (335 f.), Gesetze, die zu nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen zwingen – BVerfGE 60, 360 (372), sowie Gesetze des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts – BVerfGE 81, 70 (82 f.). Landesverfassungsgerichtliche Normenkontrolle ermöglicht etwa die Popularklage wegen der Verfassungswidrigkeit von Rechtsvorschriften gemäß *By Vf* Art. 98 S. 4, VfGGH Art. 2 Nr. 7, Art. 55.

⁴⁴⁶ *Sachs*, DÖV 1982, S. 595 (597).

⁴⁴⁷ Vgl. BVerfGE 10, 20 (54) (*obiter dictum*); OVG Bremen, MDR 1970, S. 359 (359); VGH Mannheim, ESVGH 11/I (1961), 32 (32 f.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 21 f.; *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 128. A.A. VGH Mannheim, DÖV 1963, S. 228 (228 ff.). Siehe schließlich *Tillmanns*, DÖV 2001, S. 728 (729 ff.).

ein Land betreiben, wenn es ein grundrechtswidriges Volksgesetz erlässt. Streitgegenstand können jedoch nur – soweit hier von Interesse – Rechte des Bundes oder Pflichten der Länder sein, die sich aus dem Grundgesetz ergeben.⁴⁴⁹ Nun berechnen die Grundrechte, um deren Verletzung es geht, nicht den Bund, sondern den Bürger. Daher existiert kein verfassungsrechtliches Recht, das der Bund verteidigen könnte. Freilich trifft das Land die Pflicht, kein grundrechtswidriges Gesetz zu erlassen, nach Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG. Doch verfassungsrechtliche Pflichten können gemäß §§ 69, 64 Abs. 1 BVerfGG nur dann Streitgegenstand sein, wenn sie den Antragsteller treffen (und der Antragsgegner diese Pflicht verletzt oder ihre Erfüllung unmittelbar gefährdet). Als Antragsteller kann der Bund also nur eigene Pflichten zum Gegenstand der Bund-Länder-Streitigkeit machen, nicht aber die Pflicht des Landes, um die es hier geht.

§ 3 Ergebnis

Die Qualifikation der Rechtsverhältnisse als (grundrechtsgebundene) Ausübung von Staatsgewalt oder als (grundrechtsberechtigter) Freiheitsgebrauch zeichnet prozessrechtlich die Zuordnung als Innenrechts- oder Außenrechtsstreitigkeiten vor. Innenrechtsstreitigkeiten werden vor den Verwaltungsgerichten als Kommunalverfassungsstreit und vor den Verfassungsgerichten als Organstreitigkeit ausgetragen. Für Außenrechtsstreitigkeiten steht nach den herkömmlichen Rechtsmitteln zur Verteidigung der Grundrechte insbesondere die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht offen.

Methodische Überzeugungen haben ihre Feuertaufe zu bestehen, wenn das Ergebnis, zu dem sie führen, den politischen Überzeugungen des Rechtsanwenders widerspricht. Ich bekenne, dass es mir rechtspolitisch missfällt, dass der Rechtsschutz bei der Durchführung der Volksgesetzgebung nach der hier vertretenen Auffassung lückenhaft sein kann.⁴⁵⁰ Das liegt am Zusammenspiel mehrerer normativer Vorgaben, namentlich des Art. 19 Abs. 4 GG, der den Rechtsweg nur zum Schutze subjektiver Rechte garantiert, des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, der verfassungsrechtliche Streitigkeiten vom Verwaltungsrechtsschutz ausnimmt, und dem verfassungsprozessrechtlichen Enumerationsprinzip, das die verfassungsgerichtliche Zuständigkeit nur in den eigens genannten Fällen begründet. Der Gesetzgeber besitzt daher auf allen diesen Ebenen die Gelegenheit, den Rechtsschutz zu verbessern: Der

⁴⁴⁸ Dasselbe gilt für den Bund-Länder-Streit gemäß § 13 Nr. 8 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 GG. Dort können nur „andere“ öffentlich-rechtliche Streitigkeiten Streitgegenstand sein, also insbesondere keine verfassungsrechtlichen Streitigkeiten, vgl. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 93 Rn. 36.

⁴⁴⁹ Bei dem Recht des Bundes müsste es sich gemäß § 69, § 64 Abs. 1 BVerfGG um ein Recht handeln, das ihm, dem Antragsteller, „durch das Grundgesetz“ übertragen ist.

⁴⁵⁰ Vgl. dazu in diesem Kapitel § 2.

Verfassungsgeber könnte die Rechtsschutzgarantie, der Bundesgesetzgeber die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Landesgesetzgeber die Zuständigkeit der Landesverfassungsgerichte erweitern. Der Rechtsanwender vermag hier nicht vorzugreifen; ihm sind die Hände gebunden.

Sechster Teil

Schluss: Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Grundrechte des Grundgesetzes berechtigen den Bürger und binden den Staat einschließlich des Gesetzgebers, also insbesondere das Parlament. Was aber gilt, wenn der Bürger im Rahmen der Volksgesetzgebung selbst Gesetze gibt? Ist er dann als (gesetzgebender) Bürger nach wie vor grundrechtsberechtigt oder als (bürgerlicher) Gesetzgeber grundrechtsgebunden?

Die Antwort fällt differenzierend aus. Sie differenziert nach den Stationen, die ein Volksgesetzgebungsverfahren in Ländern und Kommunen durchlaufen muss, und den Rechtsverhältnissen, die dort entstehen. Die Differenzierung gründet letztlich in der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Diese Unterscheidung ist geschichtlich geworden: Zunächst zentralisierte der Absolutismus die vielen verschiedenen Herrschaftsverhältnisse, die im Mittelalter ineinander verwoben waren, in der einen Person des Monarchen. Nachdem die Aufklärung die Herrschaftsgewalt entpersonalisiert hatte, gelang es der Gesellschaft, dem Wohlfahrtsstaat einen eigenen Bereich abzurufen. In der Demokratie von heute stehen sich Staat und Gesellschaft nicht mehr unverbunden gegenüber, sondern beeinflussen sich wechselseitig. Gesellschaftliche Kräfte bewirken den Staat, und der Staat greift lenkend in die Gesellschaft ein.

Aus der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft folgt nicht nur die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, sondern auch die Unterscheidung von subjektivem Recht und Kompetenz. Beide, subjektive Rechte wie Kompetenzen, eröffnen Gestaltungsspielräume. Doch das subjektive Recht ist dem Menschen um seiner selbst willen gegeben, ist Selbstzweck. Kompetenzen dagegen sind Trägern staatlicher Macht als Mittel zu dem Zweck gegeben, dem Menschen zu dienen. Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen. Deshalb erfolgt staatliches Handeln niemals in Wahrnehmung von Freiheit, sondern stets in Ausübung von Kompetenzen. Die Unterscheidung von subjektiven Rechten und Kompetenzen (Oberbegriff: Rechte oder, besser noch, Berechtigungen) zeitigt Konsequenzen dafür, ob und ggf. wie eine Berechtigung gebraucht wird, sowie dafür, wer das zu tun hat. Weil subjektive Rechte dem Menschen um seiner selbst willen gegeben sind, ist subjektive Beliebigkeit die einzige Leitlinie ihres Gebrauchs. Der Mensch braucht von subjektiven Rechten keinen Gebrauch zu machen, und er darf ein subjektives Recht auch auf andere übertragen. Dagegen ist, weil Kompetenzen als Mittel zu dem Zweck gegeben sind, dem Menschen zu

dienen, das Gemeinwohl die oberste Leitlinie ihres Gebrauchs. Grundsätzlich muss der Träger von Staatsgewalt die eingeräumte Kompetenz zur Anwendung bringen, und er darf sie ohne Ermächtigung auch nicht delegieren.

Die Unterscheidung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung wurzelt gleichfalls in der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Dabei ist jede Ausübung von Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden, während jedes Ausleben von Freiheit im Schutze der Grundrechte erfolgt. Ein Handeln ist entweder in der staatlichen Sphäre anzusiedeln, so dass es die Ausübung von Staatsgewalt darstellt, oder im gesellschaftlichen Bereich, wo es als Ausleben von Freiheit erfolgt.

Die Frage, wieweit die Grundrechtsbindung im Volksgesetzgebungsverfahren reicht, ist durch Auslegung des Merkmals „Gesetzgebung“ in Art. 1 Abs. 3 GG zu beantworten. Dabei ist zwischen der Bindung des Volksgesetzes und der Bindung des Volksgesetzgebers zu unterscheiden. Ein Volksgesetz ist nur wirksam, wenn es nicht grundrechtswidrig ist. Bereits der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG spricht dafür, Gesetzgebung nicht (nur) institutionell auf den (parlamentarischen) Gesetzgeber, sondern funktionell (auch) auf die Gesetzgebung zu beziehen. Die Genese der Vorschrift bestätigt den Befund: Die Verfassungseltern haben die Grundrechte als Minderheitenrechte konzipiert, und Minderheiten sind unabhängig davon schutzbedürftig, ob ihnen die Mehrheit als plebiszitärer oder als repräsentativer Gesetzgeber gegenübertritt.

Die Reichweite des Grundrechtsschutzes im Verfahren der Volksgesetzgebung ist systematisch mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG einzugrenzen. Der Begriff der Gesetzgebung in Art. 1 Abs. 3 GG und der Begriff der Abstimmung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG bestimmen im Zusammenwirken, dass die Gesetzgebung durch Volksabstimmung (grundrechtsgebundene) Ausübung von Staatsgewalt darstellt. Im Volksgesetzgebungsverfahren sind deshalb alle Handlungen, die für Gesetzgebung durch Volksabstimmung notwendig sind, als „Gesetzgebung“ im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsgebunden.

Welche Schritte in einem Gesetzgebungsverfahren notwendig sind, bestimmt das Grundgesetz in anderem Zusammenhang selbst. Art. 76 ff. GG regeln das Gesetzgebungsverfahren für Bundesgesetze. Was die Parlamentsabstimmungen im Bundestag betrifft, geben Art. 76 ff. GG einen Teil der Verfahrensschritte verfassungskräftig vor; den restlichen Teil überlässt das Grundgesetz in Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG der Geschäftsordnungsautonomie des Parlaments.

Überträgt man diese Wertung auf das Volksgesetzgebungsverfahren, sind folgende Verfahrensschritte für die Gesetzgebung notwendig mit der Folge, dass jeweils grundrechtsgebundene Staatsgewalt ausgeübt wird: Im Volksgesetzgebungsverfahren bildet das (Volks- oder Bürger-)Begehren das Pendant zur Gesetzesinitiative im Bundestag. Die Gesetzesvorlage einzubringen ist gemäß Art. 76 Abs. 1 GG ein verfassungsnotwendiger Verfahrensschritt. Dem (Volks- oder Bürger-)Entscheid entspricht der Gesetzesbeschluss des Bundestages gemäß Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG.

Die Abstimmung und, damit verbunden, der Zugang zur Abstimmung unterfallen daher ebenfalls der Grundrechtsbindung. Die Bindung greift schließlich noch für die Ausfertigung und Verkündung des Volksgesetzes, die das Grundgesetz für repräsentativ beschlossene Bundesgesetze in Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG vorgibt.

Im Schutze der Grundrechte finden dagegen folgende Verfahrensschritte der Volksgesetzgebung statt: Zunächst sind die Zielfindung und die Entwurfsfertigung zu nennen. Sie bilden den Ursprung eines jeden Volksgesetzgebungsverfahrens, wenn nämlich Bürger einen Missstand ausmachen und, um abzuhelpfen, einen Gesetzentwurf formulieren. Diese Schritte liegen auch bei der Parlamentsgesetzgebung außerhalb des grundgesetzlich normierten Verfahrens. Im Schutze der Grundrechte stellen die Bürger, wie gezeigt, auch noch den Antrag auf Zulassung des Begehrens. Denn ihm entspricht das parlamentarische Gesetzesinitiativrecht, und das Gesetzesinitiativrecht regelt nicht das Grundgesetz, das es voraussetzt, sondern die Geschäftsordnung des Bundestages. Dem Abstimmungskampf entspricht die parlamentarische Beratung des Gesetzes. Das Grundgesetz erwähnt die Beratung des Entwurfs in Art. 77 Abs. 1 GG nicht, sondern schreibt sie in Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG lediglich für einen Ausnahmefall vor. Auch im Abstimmungskampf gelten daher – entgegen dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Müllkonzept – die Grundrechte doch.

Die Qualifikation der volksgesetzgeberischen Handlungen als (grundrechts-geschützter) Freiheitsgebrauch oder als (grundrechtsgebundene) Staatsgewaltsausübung zeitigt verfahrens- und prozessrechtliche Konsequenzen. Verfahrensrechtlich gilt, dass aus der Qualifikation der Stimmabgabe als Ausübung von Staatsgewalt folgt, dass die Abstimmenden nicht ihr subjektives Belieben zum Maßstab der Entscheidung machen dürfen, sondern die Frage zu stellen haben, ob dem Gemeinwohl mit dem vorgelegten Entwurf besser gedient ist als ohne. Die Auswirkungen dieser Vorgabe sind begrenzt: Weder Gerichte noch Behörden dürfen sich einem Volksgesetz mit dem Argument entgegenstellen, dass es dem Gemeinwohl nicht diene. Verfahrensrechtlich trifft die Abstimmenden (vorbehaltlich abweichender landesrechtlicher Regelungen) außerdem die Pflicht, an der Abstimmung teilzunehmen. Verstöße gegen diese Pflicht bleiben verfassungsrechtlich ohne Sanktion. Von den Wahlrechtsgrundsätzen des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG sind schließlich auf Abstimmungen nur die Gebote der Gleichheit des aktiven Stimmrechts und der Geheimheit analog anwendbar.

Prozessrechtlich folgt aus der Qualifikation der Rechtsverhältnisse als (grundrechtsgebundener) Ausübung von Staatsgewalt und als (grundrechtsberechtigtem) Freiheitsgebrauch die Zuordnung als Innenrechts- bzw. Außenrechtsstreitigkeit. Innenrechtsstreitigkeiten werden vor den Verwaltungsgerichten als Kommunalverfassungsstreit und vor den Verfassungsgerichten als Organstreitigkeit ausgetragen. Für Außenrechtsstreitigkeiten steht zur Verteidigung der Grundrechte der Verwaltungsrechtsweg offen; danach ist die Verfassungsbeschwerde zulässig.

Anhang

U.S.-amerikanische Vorschriften

(zitiert nach *Sullivan / Gunther*, Constitutional Law, 14. Aufl. 2001, S. A-5 ff.)

Article II

SECTION 1. The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows.

Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector.

The Electors shall meet in their respective States, and vote by Ballot for two Persons, of whom one at least shall not be an Inhabitant of the same State with themselves. And they shall make a List of all the Persons voted for, and of the Number of Votes for each; which List they shall sign and certify, and transmit sealed to the Seat of the Government of the United States, directed to the President of the Senate. The President of the Senate shall, in the Presence of the Senate and House of Representatives, open all the Certificates, and the Votes shall then be counted. The Person having the greatest Number of Votes shall be President, . . .

Article VI

SECTION 2. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

Amendment I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Amendment XIII

SECTION 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

SECTION 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

Amendment XIV

SECTION 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

SECTION 5. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

Literaturverzeichnis

Ist bei einem Buch mehr als eine Auflage angegeben, beziehen sich die Nachweise in den Fußnoten auf die aktuelle Auflage, es sei denn, eine andere Auflage ist dort vermerkt.

Abmeier, Klaus: Die parlamentarischen Befugnisse des Abgeordneten des Deutschen Bundestages nach dem Grundgesetz, 1984

Achterberg, Norbert: Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung einer Rechtsverhältnistheorie, 1982

– Parlamentsrecht, 1984

Ackerman, Bruce: We the People, Bd. 1: Foundations, 1991

Adomeit, Klaus: Rechtstheorie für Studenten, 4. Aufl. 1998

Alen, André: Der Föderalstaat Belgien. Nationalismus – Föderalismus – Demokratie, 1995

Alexander, Larry / *Horton*, Paul: Whom does the Constitution Command?, 1988, zitiert nach dem Nachdruck in Auszügen bei John H. Garvey / T. Alexander Aleinikoff (Hrsg.), *Modern Constitutional Theory*, 4. Aufl. 1999, S. 772 – 780

Alexy, Robert: Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: *Der Staat* 29 (1990), S. 49 – 68

– Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996

Angermann, Erich: Das Auseinandertreten von „Staat“ und „Gesellschaft“ im Denken des 18. Jahrhunderts (1963), in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, S. 109 – 131

Anschütz, Gerhard: Gesetz, in: Max Fleischmann (Hrsg.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2. Bd., 2. Aufl. 1913, Stichwort „Gesetz“, S. 212 – 218

– Deutsches Staatsrecht, in: Josef Kohler (Hrsg.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 4. Bd., 7. Aufl. (= 2. Aufl. der Neubearbeitung) 1914, S. 1 – 192

– Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung. Rede, gehalten bei der Jahresfeier der Universität Heidelberg am 22. November 1922, 1923

– Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1960)

Anschütz, Gerhard / *Thoma*, Richard (Hrsg.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* Bd. II, 1932

Arnim, Hans Herbert von: *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, 1977

– Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984

– Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie auf Gemeindeebene, in: *DÖV* 1990, S. 85 – 97

- (Hrsg.): Direkte Demokratie. Beiträge auf dem 3. Speyerer Demokratieforum vom 27. bis 29. Oktober 1999 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 2000
- Gemeinwohl im modernen Verfassungsstaat am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in: ders./Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 63–88
- Arnim*, Hans Herbert von/Sommermann, Karl-Peter (Hrsg.): Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf der 71. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 12. bis 14. März 2003 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 2004
- Aubel*, Tobias: Das Menschenwürde-Argument im Polizei- und Ordnungsrecht, in: Die Verwaltung 37 (2004), S. 229–253
- Badura*, Peter: Staatsrecht. Systematische Erläuterungen des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2003
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Kap., S. 245–366
- Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. I, 2004, § 20 (S. 783–806)
- Bamberger*, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3 Bände, 2003
- Battis*, Ulrich/Gusy, Christoph: Einführung in das Staatsrecht, 4. Aufl. 1999
- Bauer*, Angela/Jestaedt, Matthias: Das Grundgesetz im Wortlaut. Änderungsgesetze, Synopse, Textstufen und Vokabular zum Grundgesetz, 1997
- Bauer*, Hartmut: Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986
- Subjektive öffentliche Rechte des Staates – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, in: DVBl. 1986, S. 208–219
- Duplik auf die Replik von Albert Bleckmann, DVBl. 1986, 666 f., in: DVBl. 1986, S. 667 f.
- Bausenhardt*, Walter/Guilleaume, Emil: Landesrecht in Schleswig-Holstein, Loseblatt, 5 Bände, 2. Aufl., 253. Ergänzungslieferung (Stand: 19. 3. 2004)
- Beck'sche Textausgabe: Gesetze des Landes Brandenburg, Loseblatt, 36. Ergänzungslieferung (Stand: Dezember 2003)
- Gesetze des Landes Mecklenburg-Vorpommern, Loseblatt, 37. Ergänzungslieferung (Stand: Mai 2004)
- Gesetze des Landes Sachsen, Loseblatt, 36. Ergänzungslieferung (Stand: März 2004)
- Gesetze des Landes Sachsen-Anhalt, Loseblatt, 37. Ergänzungslieferung (Stand: Februar 2004)
- Gesetze des Freistaates Thüringen, Loseblatt, 38. Ergänzungslieferung (Stand: Mai 2004)
- Behmenburg*, Ben: Polizeiliche Maßnahmen bei der Anfahrt zur Versammlung, in: LKV 2003, S. 500–504

Benda, Ernst/Klein, Eckart: Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2001

Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994

Berg, Wilfried: Kassation gerichtlicher Urteile, die in bundesrechtlich geordneten Verfahren ergangen sind, in: *Starck/Stern* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Teilbd. II, S. 529 – 549

Berger, Wolfgang: Die unmittelbare Teilnahme des Volkes an staatlichen Entscheidungen durch Volksbegehren und Volksentscheid, Diss. jur. Freiburg 1978

Bethge, Herbert: Anmerkung (zu OVG Münster, NJW 1974, 1671), in: NJW 1975, S. 77 f.

- Der Kommunalverfassungsstreit, in: Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2: Kommunalverfassung, 2. Aufl. 1981, § 29 (S. 176 – 194)
- Organstreitigkeiten des Landesverfassungsrechts, in: *Starck/Stern* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Teilbd. II, S. 17 – 41
- Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG, 1985

Black Jr., Charles L.: Foreword: „State Action,“ Equal Protection, and California’s Provision 14, in: *Harvard Law Review* Bd. 81 (1967), S. 69 – 109

Bleckmann, Albert: Nochmals: Subjektive öffentliche Rechte des Staates. Erwiderung auf den gleichnamigen Aufsatz von Hartmut Bauer, DVBl. 1986, 209, in: DVBl. 1986, S. 666 f.

- Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 395 – 431, zugl. in: Rechtsfragen der Gegenwart. Festgabe für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, 1972, S. 11 – 36, und in: ders., Staat – Gesellschaft – Freiheit, S. 185 – 220

- Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G(eisteswissenschaften) 183, 1973
- Organ, Organisation, Juristische Person, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 269 – 305
- Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1529 – 1538, wieder abgedruckt in: ders., Staat – Gesellschaft – Freiheit, S. 221 – 252
- [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 33 (1975), S. 132 – 134
- Staat – Gesellschaft – Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, 1976
- (Hrsg.): Staat und Gesellschaft, 1976
- Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1998
- Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 30 (S. 29 – 48)
- Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 (S. 429 – 496)

- Boldt*, Hans (Hrsg.): Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert, 1987
- Borowski*, Martin: Parlamentsgesetzliche Änderung volksbeschlossener Gesetze, in: DÖV 2000, S. 481 – 491
- Braun*, Johann: Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, in: JuS 2002, S. 424 f.
- Brink*, Stefan / *Wolff*, Heinrich Amadeus (Hrsg.): Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag, 2004
- Broder*, David S.: Democracy Derailed. Initiative Campaigns and The Power of Money, 2000
- Brohm*, Winfried: Strukturen der Wirtschaftsverwaltung. Organisationsformen und Gestaltungsmöglichkeiten im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1969
- Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 36, S. 207 – 247
- Brugger*, Winfried: Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001
- Brunner*, Otto: Land und Herrschaft – Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, 5. Aufl. 1965, zitiert nach dem Nachdruck 1984
- Bryde*, Brun-Otto: Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982
- Stationen, Entscheidungen und Beteiligte im Gesetzgebungsverfahren, in: H.-P. Schneider / Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 30 (S. 859 – 881)
 - Die Reform der Landesverfassungen, in: v. Arnim (Hrsg.), Direkte Demokratie, S. 147 – 160
 - Mehr Demokratie wagen. Überlegungen zu einer Optimierung der Wahlrechtsgrundsätze, in: Brink / H. A. Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für v. Arnim, S. 679 – 694
- Büchmann*, Georg / *Hofmann*, Winfried: Geflügelte Worte. Der klassische Zitatenschatz, 41. Aufl. 1998
- Bugiel*, Karsten: Volkswille und repräsentative Entscheidung – Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit von Volksabstimmungen nach dem Grundgesetz, 1991
- Bühler*, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914
- Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Otto Bachof / Martin Drath / Otto Gönnerwein / Ernst Walz (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 12. Juli 1885 – 9. Juni 1955, 1955, S. 269 – 286
- Burgi*, Martin: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, 1999
- Burmeister*, Joachim: Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis zum Grundrechtsschutz für Staatsfunktionen, 1971
- Vorlagen an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 3 GG, in: Starck / Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Teilbd. II, S. 399 – 466

- Callies*, Christian / *Ruffert*, Matthias (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV, 2. Aufl. 2002
- Chemerinsky*, Erwin: Constitutional Law. Principles and Policies, 1997
- Clark*, Sherman J.: Direct Democracy in America, in: Michigan Law Review Bd. 97 (1999), S. 1560 – 1577
- Clausing*, Berthold: Aktuelles Verwaltungsprozessrecht, JuS 2004, S. 298 – 303
- Conze*, Werner / *Henschel*, Volker (Hrsg.): Deutsche Geschichte. Epochen und Daten, 6. Aufl., Sonderausgabe (Studienausgabe) 1998
- In der Epoche des Imperialismus. Ereignisse und Entwicklungen 1890–1918, in: ders. / Henschel (Hrsg.), Deutsche Geschichte, S. 225 – 238
- Cremers*, Hans-Joachim: Anwendungsorientierte Verfassungsauslegung. Der Status des Bundestagsabgeordneten im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2000
- Currie*, David P.: Positive und negative Grundrechte, in: AöR 111 (1986), S. 230 – 252
- von Danwitz*, Thomas: Plebiszitäre Elemente in der staatlichen Willensbildung – Verfassungsrechtliche Möglichkeiten, Eingrenzungen, Konsequenzen, in: DÖV 1992, S. 601 – 608
- Bürgerbegehren in der kommunalen Willensbildung, in: DVBl. 1996, S. 134 – 142
- Dästner*, Christian: Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2. Aufl. 2002
- Degenhart*, Christoph: Volksgesetzgebungsverfahren auf Verfassungsänderung nach der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, in: Peter Neumann / Stefan von Raumer (Hrsg.), Die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Volksgesetzgebung. Dargestellt am Beispiel der Art. 68, 69 der Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen, 1999, S. 57 – 108
- Staatsrecht I, 20. Aufl. 2004
- Demmler*, Wolfgang: Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994
- Denninger*, Erhard / *Hoffmann-Riem*, Wolfgang / *Schneider*, Hans-Peter / *Stein*, Ekkehart (Hrsg.): Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Loseblatt, 2. Aufbaulieferung (Stand: August 2002)
- Detterbeck*, Steffen / *Windthorst*, Kay / *Sproll*, Hans Dieter: Staatshaftungsrecht, 2000
- Di Fabio*, Udo: Offener Diskurs und geschlossene Systeme. Das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft in argumentations- und systemtheoretischer Perspektive, 1991
- Diemert*, Dörte: Der Innenrechtsstreit im öffentlichen Recht und im Zivilrecht, 2002
- Dietlein*, Johannes: Landesverfassungsbeschwerde und Einheit des Bundesrechts, in: NVwZ 1994, S. 6 – 11
- Die Kontrollbefugnis der Landesverfassungsgerichte, in: Jura 2000, S. 19 – 25
 - Das Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsrecht, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, herausgegeben vom Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs, 2002, S. 203 – 224

- Doehring*, Karl: Allgemeine Staatslehre. Eine systematische Darstellung, 3. Aufl. 2004
- von Doemming*, Klaus-Berto/*Füsslein*, Rudolf Werner/*Matz*, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR N.F. 1 (1951)
- Dolzer*, Rudolf/*Vogel*, Klaus/*Grafhof*, Karin (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 13 Bände, 113. Lieferung (Stand: September 2004)
- Dreier*, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar,
- Bd. I Artikel 1 – 19, 2. Aufl. 2004
 - Bd. II Artikel 20 – 82, 1998
 - Bd. III Artikel 83 – 146, 2000
 - Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat, in: Georg Siebeck (Hrsg.), *Artibus ingenuis*, 2001, S. 133 – 169
- Dreier*, Ralf: Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Politik*, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, 1973, S. 81 – 106
- Recht und Gerechtigkeit, in: Grimm (Hrsg.), *Einführung*, S. 95 – 128
- Driebehaus*, Hans-Joachim/*Kärgel*, Uwe (Hrsg.): Verfassungs- und Verwaltungsgesetze Berlins, Loseblatt, 29. Ergänzungslieferung (Stand: 1. 7. 2004)
- Dudenredaktion* (Hrsg.): Duden – Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, 3. Aufl. 1999
- Der Duden in 12 Bänden. Das Standardwerk zur deutschen Sprache, 12 Bände, 1990 ff.
 - Richtiges und gutes Deutsch, Duden Bd. 9, 5. Aufl. 2001
- Dürig*, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR 81 (1956), S. 117 – 157
- (Hrsg.): Gesetze des Landes Baden-Württemberg, Loseblatt, 90. Ergänzungslieferung (Stand: 30. 4. 2004)
- Dürr*, Hansjochen/*Middeke*, Andreas: Baurecht für Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1999
- Ebsen*, Ingwer: Abstimmungen des Bundesvolkes als Verfassungsproblem, in: AöR 110 (1985), S. 2 – 29
- Eco*, Umberto: Zeichen. Einführung in einen Begriff und seine Geschichte, 1977
- Ehlers*, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, 1984
- Die Volksvertretung auf Gemeinde- und Kreisebene, in: Jura 1988, S. 337 – 343
 - Die Klagearten und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen im Kommunalverfassungsstreitverfahren, in: NVwZ 1990, S. 105 – 112
 - Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, in: JZ 1990, S. 1089 – 1100
 - Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht, in: JZ 1996, S. 776 – 783

- Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: DVBl. 2000, S. 1301–1310
 - Die Staatsgewalt in Ketten – zum Demokratiegebot im Sinne des Grundgesetzes, in: Heiko Faber/Götz Frank (Hrsg.), Demokratie in Staat und Wirtschaft. Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag am 24. 9. 2002, 2002, S. 125–142
 - Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, §§ 1–4 (S. 1–132)
 - Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG, in: Jura 2003, S. 315–320
 - Die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage (Teil I), in: Jura 2004, S. 30–36
- Ehmke*, Horst: „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 241–274; zugl. in: Konrad Hesse/Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, 1962, S. 23–46
- Eichenhofer*, Eberhard (Hrsg.): 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, 1999
- Soziale Grundrechte – verlässliche Grundrechte?, in: ders. (Hrsg.), Weimarer Reichsverfassung, S. 207–230
- Enders*, Christoph: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, 1997
- Eingriffe in die Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 / II GG), in: JuS 1997, S. L9-L14
 - Die neue Subsidiarität des Bundesverfassungsgerichts, in: JuS 2001, S. 462–467
- Engelken*, Klaas: Der Bürgerentscheid im Rahmen des Verfassungsrechts – Vom Unterschied zwischen Wahlen und Abstimmungen, in: DÖV 2002, S. 977–984
- Engisch*, Karl: Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. 1997, hrsg. und bearb. von Thomas Würtenberger und Dirk Otto
- Engländer*, Armin: Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag, in: Jura 2002, S. 381–386
- Erichsen*, Hans-Uwe: Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. 1976, 3. Aufl. 1982
- Öffentliches und privates Recht, in: Jura 1982, S. 537–545
 - Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes, in: Jura 1983, S. 635–647
 - Der Innenrechtsstreit, in: ders./Werner Hoppe/Albert von Mutius (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 211–233
 - Das Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG, in: Jura 1990, S. 670–672
 - Die Zulässigkeit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht, in: Jura 1994, S. 418–423
 - Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1997

- Das Verwaltungshandeln, in: ders./ Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, Dritter Abschnitt, §§ 11–32, S. 229–475
- Erichsen*, Hans-Uwe / *Biermann*, Christian: Der Kommunalverfassungskstreit, in: Jura 1997, S. 157–162
- Erichsen*, Hans-Uwe / *Ehlers*, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002
- Ermacora*, Felix: Allgemeine Staatslehre. Vom Nationalstaat zum Weltstaat, Zwei Teilbände, 1970
- Grundriß einer Allgemeinen Staatslehre. Systemausgleich in der westlichen Industriegesellschaft, 1979
- Everts*, Arne: Plebiszitäre Unterschriftenaktionen, 2004
- Eyermann*, Erich (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Aufl. 2000
- Faßbender*, Bardo: Die Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Ausschlusses einer Personengruppe vom Schutz vor Diskriminierung. Zur Entscheidung des U.S. Supreme Courts in Sachen *Romer v. Evans*, in: EuGRZ 1997, S. 608–615
- Feuchte*, Paul (Hrsg.): Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar, 1987
- Fijal*, Andreas / *Weingärtner*, Ralf René: Georg Jellinek – Universalgelehrter und Jurist, in: JuS 1987, S. 97–100
- Fischer*, Hans Georg: Bürgerbegehren und Bürgerentscheid – ein neues Element unmittelbarer Demokratie in der Kommunalverfassung von Nordrhein-Westfalen, in: NWVB 1995, S. 366–372
- Rechtsschutz der Bürger bei Einwohneranträgen sowie Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in: DÖV 1996, S. 181–190
- Fleiner*, Thomas / *Basta Fleiner*, Lydia R.: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 2004
- Forsthoff*, Ernst: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1971
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973
- Frenz*, Walter: Wahlrecht – Wahlpflicht?, in: ZRP 1994, S. 91–94
- Friauf*, Karl Heinrich / *Höfling*, Wolfram (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 10. Ergänzungslieferung (Stand: September 2004)
- Friesenhahn*, Ernst: Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976
- Frotscher*, Werner / *Pieroth*, Bodo: Verfassungsgeschichte, 4. Aufl. 2003
- Fuhr*, Eberhard / *Pfeil*, Erich (Hrsg.): Hessische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Loseblatt, 76. Ergänzungslieferung (Stand: 1. 9. 2004)
- Gast*, Wolfgang: Juristische Rhetorik, 3. Aufl. 1997
- Geddert-Steinacher*, Tatjana: Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, 1990

- Gehb*, Jürgen: Bricht Berliner Landesrecht Bundesrecht?, in: DÖV 1993, S. 470–474
- Geller*, Gregor/*Kleinrahm*, Kurt/*Dickersbach*, Alfred/*Kühne*, Jörg-Detlef: Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen. Kommentar, Loseblatt, 3. Aufl. (Stand: 2. Ergänzungslieferung 1994)
- Gensior*, Walter: Wahlprüfungs- und ähnliche Beschwerden vor Landesverfassungsgerichten, in: Starck / Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Teilbd. II, S. 105–147
- Gern*, Alfons: Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003
- Gierke*, Otto von: Die Grundbegriffe des Staatsrechts, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1874, Hefte 1 und 2, zitiert nach dem selbstständigen, unveränderten Neudruck 1915
- Glaser*, Ulrich: Direkte Demokratie als politisches Routineverfahren. Volksabstimmungen in den USA und in Kalifornien, 1997
- Gneist*, Rudolf: Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 2. Aufl. 1879
- Gostomzyk*, Tobias: Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, in: JuS 2004, S. 949–954
- Grawert*, Rolf: Gesetz und Gesetzgebung im modernen Staat, in: Jura 1982, S. 247–255, S. 300–309
- Volksbegehren vor dem Verfassungsgerichtshof, in: NWVB1 1987, S. 2–7
 - Gemeinwohl. Ein Literaturbericht, in: Der Staat 43 (2004), S. 434–449
- Grimm*, Dieter: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987
- (Hrsg.): Einführung in das Recht, 2. Aufl. 1991
 - Rechtsentstehung, in: ders. (Hrsg.), Einführung, S. 40–94
 - Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 67–100
 - (Hrsg.): Staatsaufgaben, 1994
 - Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, S. 613–646
 - Politische Parteien, in: Benda / Maihofer / H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 14 (S. 599–656)
 - Verbände, in: Benda / Maihofer / H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 15 (S. 657–673)
 - Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1995, S. 1697–1705
- Großfeld*, Bernhard: Götterdämmerung? Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 1719–1723
- Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, NJW 1998, S. 3544–3547
- Guckelberger*, Annette: Die Drittwirkung der Grundrechte, in: JuS 2003, S. 1151–1157
- Gusy*, Christoph: Die Grundrechte in der Weimarer Republik, in: ZNR Bd. 15 (1993), S. 163–183

- Die Weimarer Reichsverfassung, 1997
- Lauschangriff und Grundgesetz, in: JuS 2004, S. 457–462
- Häberle, Peter*: „Gemeinwohljudikatur“ und Bundesverfassungsgericht. Öffentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 95 (1970), S. 86–125, S. 260–298
- Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983
- Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, in: JZ 1989, S. 913–919
- Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 22 (S. 317–367)
- Habermas, Jürgen*: Theorie des kommunikativen Handelns Bd. 1. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, 1981
- Hager, Gerd*: Rechtspraktische und rechtspolitische Notizen zu Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in: VerwArch 84 (1993), S. 97–122
- Effektiver Rechtsschutz oder richterliche Rechtssetzung? Zum Vollzugsverbot für Gemeinderatsbeschlüsse bei Bürgerbegehren, in: NVwZ 1994, S. 766–768
- Haller, Walter/Kölz, Alfred*: Allgemeines Staatsrecht, 3. Aufl. 2004
- Härth, Wolfgang*: Die Rede- und Abstimmungsfreiheit der Parlamentsabgeordneten in der Bundesrepublik Deutschland, 1983
- Hartmann, Bernd J.*: Volksgesetzgebung in Ländern und Kommunen. Eine Synopse der rechtlichen Grundlagen plebiszitärer Sachentscheidung, in: DVBl. 2001, S. 776–785
- How American Ideas Traveled: Comparative Constitutional Law at Germany's National Assembly in 1848–49, in: Tulane European and Civil Law Forum Bd. 17 (2002), S. 23–70
- Die Möglichkeitsprüfung im Prozessrecht der Verfassungsbeschwerde, in: JuS 2003, S. 897–901
- The Arrival of Judicial Review in Germany Under the Weimar Constitution of 1919, in: BYU Journal of Public Law Bd. 18 (2004), S. 107–130
- Die Subsidiarität der Feststellungsklage im Verwaltungs- und Zivilprozess, JuS 2005, Heft 1, S. XXVI
- Hattenhauer, Hans*: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. 1996
- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl. 1996
- Haverkate, Görg*: Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992
- Hay, Peter*: Einführung in das amerikanische Recht, 4. Aufl. 1995
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. von Johannes Hoffmeister, Sämtliche Werke, Neue krit. Ausg., Bd. XII, 4. Aufl. 1955

- Heimlich, Jörn*: Die allgemeine Leistungsklage zur Durchsetzung eines Bürgerbegehrens, in: DÖV 1999, S. 1029 – 1036
- Heintschel von Heinegg, Wolff/Halter, Ulrich R.*: Grundrechte als Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, in: JA 1995, S. 333 – 342
- Heintzen, Markus*: Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220 – 265
- Heller, Hermann*: Staatslehre, 1934, posthum hrsg. von Gerhart Niemeyer, zitiert nach der als unverändert ausgewiesenen 4. Aufl. 1970
- Hellermann, Johannes*: Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993
- Hendler, Reinhard*: Das Prinzip Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. IV, § 106 (S. 1133 – 1170)
- Henke, Wilhelm*: Das subjektive öffentliche Recht, 1968
- Henneke, Hans-Günter*: Das richtige Maß von Unmittelbarkeit und Distanz bei kommunalen Bürgerbegehren und –entscheiden, in: ZG 1996, S. 1 – 25
- Henschel, Volker*: In der Epoche des Imperialismus – Ereignisse und Entwicklungen 1890 – 1918, in: Conze/Henschel (Hrsg.), Deutsche Geschichte, S. 225 – 238
- Hernekamp, Karl*: Formen und Verfahren direkter Demokratie. Dargestellt anhand ihrer Rechtsgrundlagen in der Schweiz und in Deutschland, Diss. Frankfurt 1979
- Herrmann, Klaus*: Fragen des Rechtsweges im Streit um das Berliner Volksbegehren, in: LKV 2000, S. 104 – 107
- Volksgesetzgebungsverfahren, 2003
- Herzberg, Rolf D.*: Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? – Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik, in: JuS 2005, S. 1 – 8
- Herzog, Roman*: Die Wesensmerkmale der Staatsorganisation in rechtstheoretischer und entwicklungsgeschichtlicher Sicht, unveröffentlichte Habilitationsschrift, München 1964
- Allgemeine Staatslehre, 1971
- Hesse, Konrad*: Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, in: VVDStRL 17 (1959), S. 11 – 52
- Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, S. 484 – 502, zugl. in: DÖV 1975, S. 437 – 443
- Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, S. 427 – 438
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999
- Heußner, Hermann K.*: Volksgesetzgebung in den USA und in Deutschland – Ein Vergleich der Normen, Funktionen, Probleme und Erfahrungen, 1994
- Heyen, Erk Volkmar*: Das staatstheoretische und rechtstheoretische Problem des Beliehenen, 1973

- Heyl*, Arnulf von: Wahlfreiheit und Wahlprüfung, 1975
- Hillgruber*, Christian / *Goos*, Christoph: Verfassungsprozessrecht, 2004
- von Hippel*, Ernst / *Rehborn*, Helmut: Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen, Loseblatt, 90. Ergänzungslieferung (Stand: 20. 7. 2004)
- Hobbes*, Thomas: Vom Menschen – Vom Bürger. Übersetzt und herausgegeben von Günter Gawlick, Philosophische Bibliothek Bd. 158, 1959
- Hobe*, Stephan / *Kimminich*, Otto: Einführung in das Völkerrecht, 8. Aufl. 2004
- Hoffmann-Riem*, Wolfgang: Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge, in: ZRP 2002, S. 497 – 501
- Höfling*, Wolfram: Menschenwürde und gute Sitten, in: NJW 1983, S. 1582 – 1585
- Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, 1987
 - Demokratische Grundrechte – Zu Bedeutungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie, in: Der Staat 33 (1994), S. 493 – 509
 - Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, in: JA 1995, S. 431 – 437
- Hofmann-Hoeppel*, Jochen / *Weible*, Marcus: Bürgerbegehren und Bürgerentscheid – Rechts-tradition und Rechtspraxis eines plebiszitären Elements unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Bayern, in: BayVBl 2000, S. 577 – 584
- Hoppe*, Werner: Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten. Zum organisationsrechtlichen subjektiv-öffentlichen Recht innerhalb rechtsfähiger Verwaltungseinheiten, 1970
- Huber*, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1953
- Hufen*, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2003
- Hümmerich*, Klaus / *Kopp*, Reinhold: Saarländische Gesetze. Textsammlung saarländischen Landesrechts, hrsg. v. Thomas Lenz, Loseblatt, 30. Ergänzungslieferung (Stand: 1. März 2004)
- Ipsen*, Jörn: Staatsrecht I (Staatsorganisationsrecht), 14. Aufl. 2002, 15. Aufl. 2003
- Staatsrecht II (Grundrechte), 7. Aufl. 2004
- Ipsen*, Knut: Völkerrecht, 5. Aufl. 2004
- Isensee*, Josef: Republik – Sinnpotential eines Begriffs. Begriffsgeschichtliche Stichproben, in: JZ 1981, S. 1 – 8
- Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, in: Der Staat 20 (1981), S. 161 – 176
 - Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, in: ders. / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. VII, § 166 (S. 271 – 306)
 - Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders. / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 57 (S. 3 – 82)
 - Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit. Der Volksentscheid zur Abschaffung des Bayerischen Senats als Paradigma, 1999

- Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: v. Arnim/Sommerrmann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95–117
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
 - Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 2. Aufl. 1995
 - Bd. I: Historische Grundlagen, 3. Aufl. 2003
 - Bd. II: Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, 2. Aufl. 1998
 - Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2004
 - Bd. III: Das Handeln des Staates, 2. Aufl. 1996
 - Bd. IV: Finanzverfassung – Bundesstaatliche Ordnung, 2. Aufl. 1999
 - Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. 2000
 - Bd. VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1992
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 4. Aufl. 1997, 7. Aufl. 2004
- Jaroschek, Marcus*: Formen des Rechtsschutzes bei kommunalen Bürgerbegehren, in: BayVBl 1997, S. 39–44
- Jeand'Heur, Bernd*: Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, in: JZ 1995, S. 161–167
 - Gibt es Satzungen mit nur „deklaratorischem“ Gehalt? – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von § 34 IV Nr. 1 BauGB, in: NVwZ 1995, S. 1174–1178
- Jellinek, Georg*: Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, 1887, zitiert nach dem anastatischen Neudruck 1919
 - System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl. 1892, 2. Aufl. 1905, zitiert nach dem unveränderten Nachdruck 1963
 - Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, zitiert nach dem 7. Neudruck 1960
- Jellinek, Walter*: Das einfache Reichsgesetz, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II, § 72 (S. 160–182)
- Jestaedt, Matthias*: Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993
 - Demokratische Legitimation – quo vadis?, in: JuS 2004, S. 649–653
- Jung, Otmar*: Volksgesetzgebung in Deutschland, Leviathan 1987, S. 242–265
 - Der Volksentscheid über das Abfallrecht in Bayern am 17. Februar 1991, in: ZParl 1992, S. 48–69
 - o. T. [Rezension zu Giehl, Direkte Demokratie], in: ZG 1999, S. 387–389
 - Abschluß und Bilanz der jüngsten plebiszitären Entwicklung in Deutschland auf Landesebene, in: JÖR N.F. 48 (2000), S. 39–85

- Volksentscheid ins Grundgesetz? Die politische Auseinandersetzung um ein rot-grünes Reformprojekt 1998–2002, in: ZfP 2002, S. 267–289
- Jung, Otmar / Knemeyer, Franz-Ludwig*: Im Blickpunkt: Direkte Demokratie, 2001
- Jürgens, Gunther*: Direkte Demokratie in den Bundesländern – Gemeinsamkeiten, Unterschiede, Erfahrungen – Vorbildfunktion für den Bund?, 1993
- Jutzi, Siegfried*: o. T. [Anmerkung zu BVerfGE 96, 231 ff. – Müllkonzept], in: NJ 1997, S. 643
- Kommentar [Anmerkung zu ThürVerfGH, LKV 2002, S. 83 ff.], in: NJ 2001, S. 645 f.
- Volksgesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung, in: ZG 2003, S. 272–292
- Kahl, Wolfgang*: Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Jura 2002, S. 721–729
- Kampwirth, Ralph*: Der ernüchterte Souverän. Bilanz und Perspektiven der direkten Demokratie in den 16 Bundesländern und auf Kommunalebene, in: ZParl 2003, S. 657–671
- Kant, Immanuel*: Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, Berlinische Monatsschrift vom 30. 9. 1784, in: Norbert Hinske (Hrsg.), Was ist Aufklärung?, unveränderter, reprografischer Nachdruck ausgewählter Beiträge aus der Berlinischen Monatsschrift, Bd. 1–7 (1783–1786), 3. Aufl. 1981, S. 452–469
- Karpen, Ulrich*: Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung rechtsstaatlicher Freiheit, in: JA 1986, S. 299–310
- Katz, Alfred*: Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht, 15. Aufl. 2002
- Kausch, Erhard*: Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 1–39
- Kelsen, Hans*: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, zitiert nach dem Nachdruck 1966
- Kemm, Siegmар*: Die termingebundene Demonstration (zu Butzer, JuS 1994, 1045 ff.), in: JuS 1995, S. 376
- Kersten, Jens*: Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000
- Kimmel, Adolf* (Hrsg.): Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 5. Aufl. 2000 (Stand: 1. Juni 2000)
- Kimminich, Otto*: Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1987
- Kingreen, Thorsten*: Die Bedeutung der gemeinderechtlichen Beanstandung für die Zulässigkeit des Kommunalverfassungsstreitverfahrens, in: DVBl. 1995, S. 1337–1343
- Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten, 1995
- Das Grundrecht von Ehe und Familie (Art. 6 I GG), in: Jura 1997, S. 401–408
- Schulvielfalt, Elternwille und Bürgerwille, in: NVwZ 1997, S. 756–759
- Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004
- Kintz, Roland*: Öffentliches Recht im Assessorexamen, 3. Aufl. 2004

- Kirchhof*, Paul: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VII, § 183 (S. 855–887)
- Recht gibt es nicht zum Niedrigpreis, in: FAZ Nr. 281 v. 1. 12. 2004, S. 38
- Kirchner*, Hildebert / *Butz*, Cornelia: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. 2003
- Kisker*, Gunter: Insichprozeß und Einheit der Verwaltung, 1968
- Klatt*, Matthias: Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004
- Klein*, Eckart / *Haratsch*, Andreas: Landesverfassung und Bundesrecht – BerlVerfGH, NJW 1993, 515, in: JuS 1994, S. 559–564
- Die Landesverfassungsbeschwerde – Ein Instrument zur Überprüfung der Anwendung von Bundesrecht?, in: JuS 2000, S. 209–215
- Klein*, Hans H.: Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968
- Die Grundrechte im demokratischen Staat. Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart, 1972
- Demokratie und Selbstverwaltung, in: Roman Schnur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, 2. Aufl. 1974, S. 165–185
- Überlegungen zu einer Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: Pfeiffer / Burgermeister / G. Roth (Hrsg.), Festgabe für Karin Graßhof, S. 367–390
- Status des Abgeordneten, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 41 (S. 367–390)
- Kleinheyer*, Gerd / *Schröder*, Jan (Hrsg.): Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl. 1996
- Kloepfer*, Michael: Das Gesetzgebungsverfahren nach dem Grundgesetz, in: Jura 1991, S. 169–175
- Klosa*, Annette / *Scholze-Stubenrecht*, Werner / *Wermke*, Matthias: Grammatik der deutschen Gegenwartssprache, Duden Bd. 4, 6. Aufl. 1998
- Kluth*, Winfried: Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme. Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Wettbewerb mit Privaten im Bereich der Sozialwirtschaft. Zur Dogmatik der wirtschaftlichen Betätigung des Staates, 1988
- Knemeyer*, Franz-Ludwig: Kommunale Selbstverwaltung neu denken, in: DVBl. 2000, S. 876–882
- Koch*, Michael H.: „Mehr Demokratie in Thüringen“ – verfassungswidrig!, Anmerkung zum Urteil des Thüringer Verfassungsgerichtshofs vom 15. 8. 2001 – VerfGH 4/01 – verkündet am 19. 9. 2001, in: ThürVBl 2002, S. 46 f.
- Kollhosser*, Helmut / *Jansen*, Christina: Konfusion, in: JA 1988, S. 305–311
- Kopp*, Ferdinand O. / *Schenke*, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl. 2003
- Körkemeyer*, Stephan: Direkte Demokratie und Europäische Integration, Diss. Münster 1994
- Kraayvanger*, Jan: Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, 2004

- Krause*, Peter: Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 39 (S. 313–337)
- Kremser*, Holger / *Leisner*, Anna: Verfassungsrecht III. Staatsorganisationsrecht, 1999
- Kriele*, Martin: Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL 29 (1971), S. 46–84
- Recht und Macht, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 129–171
- Krings*, Günter: Die US-Präsidentschaftswahl 2004 und das Wahlrecht, in: Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung Newsletter (DAJV-NL) 2004, S. 1–6
- Krüger*, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966
- Kunig*, Philip: Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986
- Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Kap., S. 679–777
- Kunze*, Rolf-Ulrich: Reconsidered: „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da.“ – Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes, in: Der Staat 40 (2001), S. 383–404
- Kupka*, Thomas: Plebiszitäre Gesetzgebungsformen in den USA. Rechtsbeobachtungen anlässlich der Novemberwahl 1989 in San Francisco, in: KJ 1990, S. 449–459
- Laband*, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Vier Bände, Bände 1 und 2, 5. Aufl. 1911
- Lackner*, Karl / *Kühl*, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl. 2004
- Lämmert*, Eberhard: Bauformen des Erzählens, 8. Aufl. 1993
- Lang*, Heinrich: Subjektiver Rechtsschutz im Wahlprüfungsverfahren, 1997
- Zur Effizienz des Rechtsschutzes in getrennten Verfassungsräumen, in: DÖV 1999, S. 712–718
- Lange*, Klaus: „Frauenquoten“ in politischen Parteien, in: NJW 1988, S. 1175–1183
- Das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2 Bände, 2001, Bd. I, S. 289–310
- Larenz*, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991
- Laufs*, Adolf: Rechtsentwicklungen in Deutschland, 5. Aufl. 1996
- Lechner*, Hans / *Zuck*, Rüdiger: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4. Aufl. 1996
- Leuze*, Dieter / *Epping*, Volker (Hrsg.): Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz – HG) unter besonderer Berücksichtigung des Hochschulrahmengesetzes des Bundes und der Hochschulgesetze der einzelnen Länder, Kommentar, Loseblatt, 2. Ergänzungslieferung (Stand: Dezember 2003)
- Lippross*, Otto-Gerd: Vollstreckungsrecht, 9. Aufl. 2003
- Loschelder*, Wolfgang: Grundrechte im Sonderstatus, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 123 (S. 805–836)

- Löwer, Wolfgang*: Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 56 (S. 737–848)
- Löwer, Wolfgang / Tettinger, Peter J.*: Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2002
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung, in: NJW 1987, S. 2705–2712
- Luhmann, Niklas*: Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 4. Aufl. 1999
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich*: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 2. Aufl. 1966
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Pestalozza, Christian*: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. Bd. 8: Artikel 70 bis Artikel 75, 3. Aufl. 1996
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian*: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. Bd. 2: Artikel 20 bis Artikel 78, 4. Aufl. 1999
- Mann, Thomas*: Anmerkung [zu BayVerfGH, Entsch. v. 27. 3. 1990 – Müllkonzept, DVBl. 1990, 692–697], in: DVBl. 1990, S. 697–699
- Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, in: JZ 2002, S. 819–826
- Manssen, Gerrit*: Staatsrecht I. Grundrechtsdogmatik, 1995
- Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2004
- Marmor, Andrei*: Interpretation and Legal Theory, 1994
- Martens, Wolfgang*: Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969
- März, Gert* (Hrsg.): Niedersächsische Gesetze, Loseblatt, 70. Ergänzungslieferung (Stand: April 2004)
- Maunz, Theodor*: Grundgesetz und Volksbefragungsgesetze. Zu den Volksbefragungsurteilen des Bundesverfassungsgerichts, in: DÖV 1959, S. 1–5
- Verfassungshomogenität von Bund und Ländern, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 95 (S. 443–456)
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter*: Grundgesetz. Kommentar, Loseblatt, 6 Bände, 43. Ergänzungslieferung (Stand: Februar 2004)
- Maunz, Theodor / Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz / Bethge, Herbert*: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, Loseblatt, 2 Bände, 23. Ergänzungslieferung (Stand: Januar 2004)
- Maurer, Hartmut*: Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, in: DVBl. 1995, S. 1037–1046
- Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 3. Aufl. 2003
- Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004
- Maurer, Hartmut / Hender, Reinhard* (Hrsg.): Baden-Württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1990

- Mayer, Heinz*: Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkomentar, 2. Aufl. 1997
- Mayer, Otto*: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, zitiert nach dem als unverändert ausgewiesenen Nachdruck 1969
- Meister, Johannes*: Der Kommunalverfassungsstreit, in: JA 2004, 414–417
- Menger, Christian-Friedrich*: Abgrenzung zwischen verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Streitigkeiten, in: VerwArch 66 (1975), S. 169–176
- Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Eine Einführung in die Grundlagen, 8. Aufl. 1993
- Menger, Christian-Friedrich / Erichsen, Hans-Uwe*: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch 59 (1968), S. 167–183
- Menzel, Jörg*: Landesverfassungsrecht. Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat, 2002
- Merten, Detlef*: Wahlrecht und Wahlpflicht, in: Joseph Listl / Herbert Schambeck (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung, Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 301–315
- Der Grundrechtsverzicht, in: Hans-Detlef Horn (Hrsg.), Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, 2003, S. 53–73
- Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I. Entwicklungen und Grundlagen, 2004
- Meyer, Hans*: Wahlsystem und Verfassungsordnung. Bedeutung und Grenzen wahlsystematischer Gestaltung nach dem Grundgesetz, 1973
- Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes. Anlage – Erfahrungen – Zukunftseignung, in: VVDStRL 33 (1975), S. 69–119
- Wahlgrundsätze und Wahlverfahren, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 38 (S. 269–311)
- Meyer, Hubert*: Rechtsschutz bei kommunalen Bürgerbegehren und –entscheiden, in: NVwZ 2003, S. 183 f.
- Meyer, Stephan*: Gemeinwohlaufrag und föderatives Zustimmungserfordernis – eine Antinomie der Verfassung?, 2004
- Montag, Jerzy*: Ausblick auf die kommende Legislaturperiode, in: ZRP 2003, S. 18–20
- Morlok, Martin / Voss, Volker P.*: Grenzen der staatlichen Informationstätigkeit bei Volksentscheiden, in: BayVBl 1995, S. 513–519
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph*: Juristische Methodik. Bd. I: Grundlagen Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2002
- Müller, Helmut M.*: Deutsche Geschichte in Schlaglichtern, 3. Aufl. 1996
- von Münch, Ingo / Kunig, Philip* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar,
- Bd. 1 (Art. 1 bis 19), 5. Aufl. 2000
- Bd. 2 (Art. 20 bis Art. 69), 4./5. Aufl. 2001
- Bd. 3 (Art. 70 bis 146), 4./5. Aufl. 2003

- von *Mutius*, Albert: Grundfälle zum Kommunalrecht, in: JuS 1978, S. 537 – 543
- Kommunalrecht, 1996
- Nawiasky*, Hans: Allgemeine Staatslehre. Zweiter Teil: Staatsgesellschaftslehre. Bd. 1: Volk, Gebiet, Zweck, Organisation, 1952
- Allgemeine Staatslehre. Dritter Teil. Staatsrechtslehre, 1956
 - Allgemeine Staatslehre. Vierter Teil. Staatsideenlehre, 1958
- Nickel*, Rainer: Direkte Demokratie in den Gemeinden: Ein Vergleich amerikanischer und bundesdeutscher Konzepte kommunaler Selbstverwaltung, in: Markus Hoffmann/Christian Kromberg/Verena Roth/Bodo Wiegand (Hrsg.), Kommunale Selbstverwaltung im Spiegel von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht. 35. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ Rostock 1995, 1996, S. 145 – 160
- von *Nieding*, Bernd: Politische Wahlen und Frauenquote. Ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von geschlechtsbezogenen Förderungsmaßnahmen in der Politik, in: NVwZ 1994, S. 1171 – 1177
- Nolte*, Martin/*Tams*, Christian: Das Gesetzgebungsverfahren nach dem Grundgesetz, in: Jura 2000, S. 158 – 164
- Nowak*, John E./*Rotunda*, Ronald D.: Constitutional Law, 6. Aufl. 2000
- Odendahl*, Kerstin: Verfassungsprozessrecht [Darstellung von BVerfGE 96, 231 ff. – Müllkonzept], in: JA 1997, S. 542 – 544
- Oebbecke*, Janbernd: Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986
- Die neue Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen, in: DÖV 1995, S. 701 – 709
 - Die rechtlichen Grenzen amtlicher Einflußnahme auf Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in: BayVBl 1998, S. 641 – 645
 - Rechtsprechungsanalyse – Nicht bürgerbegehrensfähige Angelegenheiten, in: Die Verwaltung Bd. 37 (2004), S. 105 – 118
- Öhlinger*, Theo: Verfassungsrecht, 5. Aufl. 2003
- Olshausen*, Hennig von: Landesverfassungsbeschwerde und Bundesrecht. Zur Geltung und prozessualen Aktualisierung von Landesgrundrechten im Bundesstaat des Grundgesetzes, 1980
- Ortmann*, Andreas: Verfassungsrechtliche Probleme von Parteizugang und Parteiausschluß, 2001
- Ossenbühl*, Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968
- Verfahren der Gesetzgebung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 63 (S. 351 – 385)
- Otte*, Gerhard: Rechtsanwendung, in: Grimm (Hrsg.), Einführung, S. 172 – 210
- Parker*, Richard D.: “Here, the People Rule“. A Constitutional Populist Manifesto, 1994
- Pauly*, Walter: Die Stellung der Weimarer Reichsverfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte, in: Eichenhofer (Hrsg.), Weimarer Reichsverfassung, 1999, S. 1 – 21

- Georg Jellineks „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, in: Stanley L. Paulson / Martin Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk, 2000, S. 227 – 244
- Peine*, Franz-Joseph: Volksbeschlossene Gesetze und ihre Änderung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, in: Der Staat 18 (1979), S. 375 – 401
- Die Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten – OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 70, in: JuS 1997, S. 984 – 988
- Pestalozza*, Christian: Der Popularvorbehalt – Direkte Demokratie in Deutschland, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Berlin, Heft 69, 1981
- Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991
- Der „Honecker-Beschluß“ des Berliner Verfassungsgerichtshofs, in: NVwZ 1993, S. 340 – 345
- Das Landesverfassungsgericht von Sachsen-Anhalt, in: LKV 1994, S. 11 – 14
- Neues Deutschland – in bester Verfassung?, in: Jura 1994, S. 561 – 577
- (Hrsg.): Verfassungen der deutschen Bundesländer, 7. Aufl. 2001 (Stand: 1. April 2001)
- Einführung, in: ders. (Hrsg.), Verfassungen der deutschen Bundesländer, S. XIII-LXXXIX
- Pfeiffer*, Gerd / *Bürgermeister*, Udo / *Roth*, Gerald (Hrsg.): Der verfaßte Rechtsstaat, Festgabe für Karin Graßhof, 1998
- Pieroth*, Bodo: Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule. Ein Beitrag zur Konkretisierung von Grundrechten und zum Hochschulverwaltungsrecht, 1976
- Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung, 1981
- Die planende Verwaltung zwischen Geheimhaltung und Öffentlichkeit, in: JuS 1981, S. 625 – 635
- Geschichte der Grundrechte, in: Jura 1984, S. 568 – 578
- Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsnormen, in: AöR 114 (1989), S. 422 – 450
- Offene oder geheime Wahlen und Abstimmungen?, in: JuS 1991, S. 89 – 97
- Die Grundrechtsberechtigung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, in: NWVB1 1992, S. 85 – 88
- [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 51 (1992), S. 166
- Die Verfassungsmäßigkeit des Art. 52 Abs. 1 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, in: ZParl 26 (1995), S. 525 – 528
- Gerichtsöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz – Zur Fragwürdigkeit des § 169 S. 2 GVG, in: Hans-Uwe Erichsen / Helmut Kollhosser / Jürgen Welp (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, 1996, S. 249 – 277
- Die Kompetenz des nordrhein-westfälischen Ministerpräsidenten zur Zusammenlegung von Justiz- und Innenministerium. Ein Plädoyer, in: Volker Epping / Horst Fischer / Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Brücken bauen und begehen. Festschrift für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag, 2000, S. 755 – 766

- Das Verfassungsrecht der Öffentlichkeit für die staatliche Planung, in: Wilfried Erbguth / Janbernd Oebbecke / Hans-Werner Rengeling / Martin Schulte (Hrsg.), Planung. Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, 2000, S. 195 – 211
- Pieroth, Bodo / Hartmann, Bernd J.*: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, in: DVBl. 2002, S. 421 – 428
- Verfassungsbeschwerde gegen die gemeindliche Konkurrenz bei der Abfallentsorgung, in: NWVB1 2003, S. 322 – 328
- Das nordrhein-westfälische Bau- und Liegenschaftsbetriebsgesetz und das Recht der Hochschulselbstverwaltung, in: WissR 37 (2004), S. 333 – 355
- Pieroth, Bodo / Kampmann, Bernd*: Die öffentlich-rechtliche Aufsichtsarbeit in der Ersten juristischen Staatsprüfung – Volksbegehren „Keine Startbahn Tiefenbroich“, in: NWVB1 1987, S. 31 und S. 59 – 62
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard*: Grundrechte, 20. Aufl. 2004
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Kniesel, Michael*: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2004
- Pieroth, Bodo / Schmülling, Markus*: Die Umsetzung der Richtlinie des Rates zum Kommunalwahlrecht der Unionsbürger in den deutschen Ländern, in: DVBl. 1998, S. 365 – 372
- Pieroth, Bodo / Zekl, Volker*: Erste juristische Staatsprüfung: Aufsichtsarbeit aus dem öffentlichen Recht – Die frauenfeindliche politische Partei, in: NWVB1 1995, S. 37 – 40
- Pietzner, Rainer / Ronellenfitsch, Michael*: Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht. Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß, 10. Aufl. 2000
- Poscher, Ralf*: Grundrechte als Abwehrrechte, 2003
- Preuß, Ulrich K.*: Das Landesvolk als Gesetzgeber. Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Volksgesetzgebungsverfahren aus Anlaß eines baden-württembergischen Volksbegehrens, in: DVBl. 1985, S. 710 – 715
- Przygode, Stefan*: Die deutsche Rechtsprechung zur unmittelbaren Demokratie, 1995
- Quaritsch, Helmut*: Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 120 (S. 663 – 736)
- Rainer, Markus*: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär. Echo zu Braun, JuS 2002, 424 ff., in: JuS 2002, S. 727 f.
- Ramsauer, Ulrich (Hrsg.)*: Hamburgische Gesetze, Loseblatt, 10. Ergänzungslieferung (Stand: Dezember 2003)
- Rau, Markus / Schorkopf, Frank*: Der EuGH und die Menschenwürde, in: NJW 2002, S. 2448 f.
- Raz, Joseph*: The Morality of Freedom, 1986
- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht Besonderer Teil III, 4. Aufl. 2004
- Reiners, Ludwig*: Stilkunst. Ein Lehrbuch deutscher Prosa, o. Aufl., 1991
- Reinhard, Wolfgang*: Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 3. Aufl. 2002

- Rengeling*, Hans-Werner: Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988
- Rinken*, Alfred: Volksgesetzgebung und Verfassung, in: Joachim Bohnert/Christof Gramm/Urs Kindhäuser/Joachim Lege/Alfred Rinken/Gerhard Robbers (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 403–426
- Ritgen*, Klaus: Bürgerbegehren und Bürgerentscheid. Dargestellt am Beispiel des § 26 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung, 1997
- Die Zulässigkeit von Bürgerbegehren – Rechtspraxis und rechtspolitische Desiderate, in: NWVB1 2003, S. 87–93
- Robbers*, Gerhard: Der Grundrechtsverzicht, in: JuS 1985, S. 925–931
- Rommelfanger*, Ulrich: Das konsultative Referendum – Eine verfassungstheoretische, -rechtliche und -vergleichende Untersuchung, 1988
- Roscheck*, Jan: Enthaltung und Nichtbeteiligung bei staatlichen Wahlen und Abstimmungen, 2003
- Roth*, Gerald: Subjektiver Wahlrechtsschutz und seine Beschränkungen durch das Wahlprüfungsverfahren, in: Pfeiffer/Bürgermeister/G. Roth (Hrsg.), Festgabe für Karin Graßhof, S. 53–68
- Zur Durchsetzung der Wahlrechtsgrundsätze vor dem Bundesverfassungsgericht, in: DVBl. 1998, S. 214–219
- Rottmann*, Frank: Der Beamte als Staatsbürger. Zugleich eine Untersuchung zum Normtypus von Art. 33 Abs. 5 GG, 1981
- Rousseau*, Jean-Jacques: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, übersetzt und hrsg. von Hans Brockard, 1977
- Rozek*, Jochen: Das Grundgesetz als Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte. Zugleich ein Beitrag zum Phänomen der in die Landesverfassung hineinwirkenden Bundesverfassung, 1993
- Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Landesgrundrechte und die Anwendung von Bundesrecht. Landesverfassungsgerichtliche Kontrolle der Anwendung von Bundesrecht durch Landesgerichte am Maßstab der Landesgrundrechte, in: AöR 119 (1994), S. 450–483
- Rüfner*, Wolfgang: Zum Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Grundrechte, in: DÖV 1967, S. 668–672
- Grundrechtsträger, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 116 (S. 485–524)
- Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, § 117 (S. 525–562)
- Rumetsch*, Rudolf/*Oster*, Rudolf (Hrsg.): Landesrecht in Rheinland-Pfalz, Loseblatt, 4 Bände, 4. Aufl., 168. Ergänzungslieferung (Stand: Oktober 2004)
- Rumpf*, Olaf: Die Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht – Dargestellt am Beispiel des Baurechts, des Polizeirechts und des Organisationsrechts, in: VerwArch 78 (1987), S. 269–308
- Rupp*, Hans Heinrich: Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 31 (S. 879–927)

- Rüthers*, Bernd: Immer noch Neues zu Carl Schmitt? – Zwischen politischer Theologie und politischem Katholizismus, in: NJW 1999, S. 2861 – 2865
- Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere – Geschichten und Legenden aus der NS-Zeit, in: NJW 2000, S. 2866 – 2871
- Rüthers*, Bernd/*Stadler*, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 13. Aufl. 2003
- Rux*, Johannes: Noch „Mehr Demokratie“ durch Volksentscheid? – Weitere Anmerkung zu ThürVerfGH, Urteil vom 15. 8. 2001 – VerfGH 4/01 – verkündet am 19. 9. 2001, in: ThürVBl 2002, S. 48 – 52
- Sachs*, Michael: Anmerkung [zu BVerfGE 60, 175], in: DÖV 1982, S. 595 – 598
- Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: DVBl. 1995, S. 873 – 894
- Überprüfung von Entscheidungen der Landesverfassungsgerichte durch das Bundesverfassungsgericht [Darstellung von BVerfGE 96, 231 ff. – Müllkonzept], in: JuS 1998, S. 753 f.
- Ewigkeitsgarantie für Grenzen der Volksgesetzgebung?, in: LKV 2002, S. 249 – 252
- (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003
- Auskunft über Telefonverbindungen von Journalisten an Strafverfolgungsbehörden, in: JuS 2003, S. 1213 – 1215
- Verfassungsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl. 2003
- Verfassungsprozessrecht, 2004
- Anmerkung [zu BVerfG, NJW 2003, S. 3401 – Beschlagnahmeprivileg des Abgeordneten], in: JuS 2004, S. 71 – 74
- Anmerkung [zu BVerfG, NJW 2004, S. 999 – Großer Lauschangriff], in: JuS 2004, S. 522 – 527
- Anmerkung [zu BVerfG, NJW 2004, S. 2814 – NPD-Demonstration], in: JuS 2004, S. 1095 – 1097
- Sammlung des bremischen Rechts*, Loseblatt, 27. Ergänzungslieferung (Stand: August 2004)
- Sartorius*, Carl: Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. Textausgabe, Loseblatt, 75. Ergänzungslieferung (Stand: Februar 2004)
- Schäfer*, Hans: Anmerkung [zu RP VerfGH, JZ 1951, 693 f.], in: JZ 1951, S. 694 f.
- Scherzberg*, Arno: Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, in: DVBl. 1988, S. 129 – 134
- Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde bei Rügen von Freiheitsverletzungen, in: Jura 2004, S. 663 – 670
- Scheuerle*, Wilhelm A.: Das Wesen des Wesens. Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen, in: AcP 163 (1963), S. 429 – 471
- Schindler*, Peter: Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1949 bis 1999, hrsg. von der Verwaltung des Deutschen Bundestages, 3 Bände, 1999
- Schlaich*, Klaus/*Korioth*, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 6. Aufl. 2004

Schliesky, Utz: Aktuelle Rechtsprobleme bei Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in: DVBl. 1998, S. 169–176

- Bürgerentscheid und Bürgerbegehren in Schleswig-Holstein, Kommentar, 1998
- Neue Grundlagen für die unmittelbare Demokratie in Schleswig-Holstein, in: SchlHA 1999, S. 225–232
- Die Weiterentwicklung von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in: ZG 1999, S. 91–122
- Bürgerschaftliches Engagement in der repräsentativen Demokratie, in: Der Landkreis 2004, S. 422–428

Schlink, Bernhard: Abwägung im Verfassungsrecht, 1976

- Gotthold Ephraim Lessing – bürgerliches Denken über Recht, Staat und Politik am Vorabend der bürgerlichen Gesellschaft, in: NJW 1983, S. 1137–1144
- Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457–468
- Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 28 (1989), S. 161–172
- Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz bei der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen und Volksbegehren in Nordrhein-Westfalen, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, herausgegeben vom Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs, 2002, S. 137–148

Schmid, Viola: „Umweltaudit“ – Ein Schritt zu mehr Umweltschutz?, in: Jura 1997, S. 11–18

Schmidt, Detlef: Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985

Schmidt, Walter: Die vorbeugende konkrete Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, in: NVwZ 1982, S. 181 f.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Wissenschaftsrecht im Ordnungsrahmen des öffentlichen Rechts, in: JZ 1989, S. 205–211

- Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: AöR 116 (1991), S. 329–390
- Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: Bernd Becker/Peter Krause (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 697–711
- (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2003
- Kommunalrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap. (S. 1–109)
- Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004

Schmidt-Eichstaedt, Gerd: Die Gemeindeordnungen und die Kreisordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, Loseblatt, 2. Aufl., 7. Lieferung (Stand: Juli 2003)

Schmitt, Carl: Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie, 1927

- Verfassungslehre, 1928

- Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II, § 101 (S. 572–606)
- Schmitt Glaeser, Walter/Horn, Hans-Detlef*: Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl. 2000
- Schnapp, Friedrich E.*: Grundbegriffe des öffentlichen Organisationsrechts, in: Jura 1980, S. 68–75
- Schnapp, Friedrich E./Kaltenborn, Markus*: Grundrechtsbindung nichtstaatlicher Institutionen, in: JuS 2000, S. 937–943
- Schneider, Egon*: Logik für Juristen. Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 5. Aufl. 1999
- Schneider, Hans-Peter*: Wahlkampf, Wahlrecht und Wahlverfahren, in: ders./Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 12 (S. 401–440)
- Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung
 - Bd. 9: Artikel 29 und 118 (bearbeitet von Carmen Abel), 1995
 - Bd. 10: Artikel 30 bis 37 (bearbeitet von Ulrich Bachmann und Jutta Kramer), 1996
- Schneider, Hans-Peter/Zeh, Wolfgang* (Hrsg.): Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989
- Schneider, Wolf*: Deutsch für Kenner, 1987
- Schoch, Friedrich*: Der Kommunalverfassungskstreit im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes – OVG Koblenz, NVwZ 1985, 283, in: JuS 1987, S. 783–793
- Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer* (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt, 2 Bände, 9. Ergänzungslieferung (Stand: September 2003)
- Schreiber, Wolfgang*: o. T. [Buchbesprechung zu Roschek, Enthaltung], in: DÖV 2004, S. 354 f.
- Schulz-Schaeffer, Helmut*: Der demokratische Rechtsstaat als Republik, als „gemeinsame Sache aller“, in: JZ 2003, S. 554–561
- Schumann, Ekkehard*: Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Teilbd. II, S. 149–230
- Schwabe, Jürgen*: Der Grundrechtsverzicht (zu Robbers, JuS 1985, 925), in: JuS 1986, S. 504
- Seckler, Dorothea*: „Vertreter-Demokratie“ statt Bürgermitwirkung?, in: BayVBl 1997, S. 232–236
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Stein, Torsten*: Völkerrecht, 10. Aufl. 2000
- Seifert, Karl-Heinz/Hömig, Dieter* (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2003
- Sendler, Horst*: Auf jede Stimme kommt es an! – Das Bundesverfassungsgericht und der Schutz der Wahlbeteiligungsfreiheit, in: NJW 2002, S. 2611–2613
- Silagi, Michael*: Direkte Demokratie in den US-Staaten, in: JöR N.F. 31 (1982), S. 271–288
- Smend, Rudolf*: Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts, 1912

- Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht. Rede, gehalten bei der Reichsgründungsfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin am 18. Januar 1933, 1933, zitiert nach: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 309–325
- Staat und Politik. Rede zur Eröffnung der historisch-politischen Vortrags- und Diskussionsabende der Göttinger Universität, Dezember 1945, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 363–379
- Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955
- Smith, Adam*: Inquiry into the nature and causes of the wealth of nations, 1. Aufl. 1776, 5. und letzte Aufl. 1789
- Sobota, Katharina*: Rhetorisches Seismogramm – Eine neue Methode in den Rechtswissenschaften, in: JZ 1992, S. 231–237
- Kompetenzen der Landesverfassungsgerichte im Bundesstaat: Zersplittert die Rechtseinheit?, in: DVBl. 1994, S. 793–803
- Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, 1997
- Sowada, Christoph*: Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (Ingerenz), in: Jura 2003, S. 236–246
- Spieß, Gerhard*: Der Grundrechtsverzicht, 1997
- Stalin, Joseph*: Über die Grundlagen des Leninismus – Zu den Fragen des Leninismus, 1946
- Starck, Christian/Stern, Klaus* (Hrsg.): Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Teilbd. II: Zuständigkeit und Verfahren der Landesverfassungsgerichte, 1983
- Steiger, Heinhard*: Organisatorische Grundlagen des parlamentarischen Regierungssystems, 1973
- Stein, Ekkehart/Frank, Götz*: Staatsrecht, 19. Aufl. 2004
- Steinberg, Rudolf*: Verfassungsgerichtliche Kontrolle der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers, in: Der Staat 26 (1987), S. 161–186
- Stelzenmüller, Constanze*: Direkte Demokratie in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1994
- Stern, Klaus*: Nahtstellen zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: BayVBl 1976, S. 547–552
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
 - Bd. I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. 1984
 - Bd. II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, 1980
 - Bd. III, 1. Halbband: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988
 - Bd. III, 2. Halbband: Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, 1994
 - Bd. V: Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts. Die Verfassungsentwicklung vom Alten Deutschen Reich zur wiedervereinigten Bundesrepublik, 2000

- Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 8. Aufl. 2000
- Nahtstellen zwischen Bundes- und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Dieter Dörr/Udo Fink/Christian Hillgruber/Bernhard Kempen/Dietrich Murswiek (Hrsg.), Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 143 – 164
- Stettner*, Rupert: Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983
- Stiebig*, Volker: „Erschleichen“ i. S. d. § 265a Abs. 1 Alt. 3 StGB, in: Jura 2003, S. 699 – 702
- Stober*, Rolf: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: NVwZ 1982, S. 473 – 479
- Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1996
- Stolleis*, Michael: Untertan – Bürger – Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert, in: Rudolf Vierhaus (Hrsg.), Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung, Wolfenbütteler Studien zur Aufklärung, Bd. VII, 1981, S. 65 – 99
- Störmer*, Rainer: Die Aufsichtsarbeit im Öffentlichen Recht – Laserdrom, in: NWVB1 1997, S. 313 – 317
- Gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote versus nationale Grundrechte?, in: AöR 123 (1998), S. 541 – 576
- Storr*, Stefan: Verfassungsgebung in den Ländern. Zur Verfassungsgebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes, 1995
- Das Grundgesetz als „mittelbare Landesverfassung“? – Zum Prüfungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte, in: ThürVB1 1997, S. 121 – 126
- Studenroth*, Stefan: Wahlbeeinflussung durch staatliche Funktionsträger, in: AöR 125 (2000), S. 257 – 279
- Sullivan*, Kathleen M./ *Gunther*, Gerald: Constitutional Law, 14. Aufl. 2001
- Tettinger*, Peter J.: Anmerkung zu BayVerfGH, Entsch. v. 27. 3. 1990 Vf. 123-IX-89, in: BayVB1 1990, S. 401 f.
- Tettinger*, Peter J./ *Wahrendorf*, Volker: Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2001
- Thoma*, Richard: Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Bd. I: Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102 – 117, 1929, S. 1 – 53
- Grundbegriffe und Grundsätze [der Funktionen der Staatsgewalt], in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II, § 71 (S. 108 – 159)
- Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II, § 102 (S. 607 – 623)
- Tiedemann*, Paul: Landesverfassung und Bundesrecht, in: DÖV 1999, S. 200 – 204
- Tietje*, Christian: Die Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit im föderalen System Deutschlands in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 124 (1999), S. 282 – 305
- Tilch*, Horst: Inhaltsgleiches Bundes- oder Landesverfassungsrecht als Prüfungsmaßstab, in: Starck/ Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Teilbd. II, S. 551 – 568

- Tillmanns*, Reiner: Die Prüfung von Rechtsverordnungen des Bundes am Maßstab des ein-fachgesetzlichen Bundesrechts im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, in: DÖV 2001, S. 728–731
- Timme*, Michael: Christian Wolff (1679–1754) – Einführung in Leben und Werk des ver-nunftrechtlichen Philosophen, JuS 2004, S. 1042–1045
- Tribe*, Laurence H.: American Constitutional Law, 2. Aufl. 1988
- Triepel*, Heinrich: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 5 (1929), S. 2–29
- Tschentscher*, Axel: Versammlungsfreiheit und Eventkultur. Unterhaltungsveranstaltungen im Schutzbereich des Art. 8 I GG, NVwZ 2001, S. 1243–1246
- Uerpman*, Robert: Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, 1999
- Ule*, Carl Hermann: Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl. 1987
- Umbach*, Dieter C./ *Clemens*, Thomas (Hrsg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992
- (Hrsg.): Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bände I und II, 2002
- Vogelgesang*, Klaus/ *Lübking*, Uwe/ *Jahn*, Helga: Kommunale Selbstverwaltung. Rechts-grundlagen – Organisation – Aufgaben, 2. Aufl. 1997
- Volkman*, Uwe: Relativität des Staates – Staatsbegriff und Staatsverständnis im Spiegel der jüngeren Geschichte, in: JuS 1996, S. 1058–1064
- Der dezente Staat – Verhaltenssteuerung im Umweltrecht, in: JuS 2001, S. 521–528
- Waechter*, Kay: Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997
- Walter*, Robert/ *Mayer*, Heinz: Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 8. Aufl. 1996
- Weber-Fas*, Rudolf: Das kleine Staatslexikon, 1995
- Wefelmeier*, Christian: Probleme des Rechtsschutzes bei Bürgerbegehren und Bürgerent-scheid, in: NdsVBl 1997, S. 31–37
- Wehr*, Matthias: Rechtsprobleme des Bürgerbegehrens (Art. 18a BayGO), in: BayVBl 1996, S. 549–553
- Welp*, Jürgen: Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlas-sung, 1968
- Wernsmann*, Rainer: Die Diskontinuität des Parlaments im verfassungsgerichtlichen Organ-streit, in: Jura 2000, S. 344–347
- Wesel*, Uwe: Geschichte des Rechts – Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, 2. Aufl. 2001
- Der Gang nach Karlsruhe, 2004
- Wiegandt*, Manfred H.: Gerhard Leibholz (1901–1982) – Ein deutscher Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, in: JuS 2001, S. 1156–1160
- Willoweit*, Dietmar: Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiederver-einigung Deutschlands, 5. Aufl. 2005

- Wolf*, Erik: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. 1963
- Wolff*, Hans J.: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: AöR 76 (1950/51), S. 205 – 217
- Wolff*, Hans J. / *Bachof*, Otto: Verwaltungsrecht, Bd. I: 9. Aufl. 1974, Bd. II: 4. Aufl. 1976
- Wolff*, Hans J. / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999
- Ziegler*, Georg / *Tremel*, Klaus: Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, hrsg. v. Klaus Tremel, Loseblatt, 87. Ergänzungslieferung (Stand: August 2004)
- Zimmerman*, Joseph F.: The Initiative, 1999
- Zippelius*, Reinhold: Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003
- Juristische Methodenlehre, 8. Aufl. 2003
- Zweigert*, Konrad: Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: RabelsZ 28 (1964), S. 601 – 643

Stichwortverzeichnis

Der Inhalt dieser Abhandlung erschließt sich in erster Linie über das Inhaltsverzeichnis. Das Stichwortverzeichnis hat ergänzende Funktion. Es gibt Seitenzahlen auch an, wenn sich der Verweis auf den Fußnotenapparat einer Seite bezieht. Hauptfundstellen sind kursiv gesetzt.

Absolutismus *siehe* Staat

Abstimmung

- als Sachentscheidung 146
- als wert- und erkenntnisorientiertes Verfahren 151
- Begriffshof 104 f.
- Begriffskern 104
- im engeren Sinn (Stimmabgabe) 102 ff., 134, 160
- im weiteren Sinn 134
- und Wahl (begrifflich) 146 – 151
- und Wahl (demokratiethoretisch) 159 – 161

Abstimmungsbehörde 166

Abstimmungsquorum *siehe* Quorum

Anti-Diskriminierungsgesetz 99 Fn. 149

Art. 1 Abs. 3 GG 85 – 88

- Ausübungsmodalitäten staatlicher Gewalt 66
- funktionelle Interpretation 89, 100 f., 216
- Gesetzgebung 95, 206
- institutionelle Interpretation 89, 100

Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG 99, 128

Art. 19 Abs. 3 GG 69, 81 – 83, 86, 91, 182, 185 – 187

Art. 19 Abs. 4 GG 57, 133, 166

Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG 87, 90 ff.

- Gesetzgebung 95, 205 f.
- Kurationsnorm 95 – 98

Art. 20 Abs. 3 GG

- Gesetzgebung 95, 206

Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG 164

Art. 28 Abs. 2 GG

- örtliche Gemeinschaft 189

- Rechtsetzungshoheit 84, 188

- Verfahrensrecht Bürgerentscheid 188

Art. 76 Abs. 1 GG

- Mitte des Bundestages 112 f.

Art. 76 Abs. 3 S. 6 GG 116 f.

Art. 100 GG *siehe* Normenkontrolle, konkrete

Asynchronitätsargument 90, 95

Aufklärung 44, 47 – 50

Ausleben von Freiheit 66 ff., 87 f.

Außenrecht 58

Ausüben von Staatsgewalt 66 ff., 87 f.

Ausübungsdispens, Analogieverbot 146

Bäcker-Beispiel 99, 155

Berechtigung 85, 210 f.

Briefabstimmung und -wahl 198

Bürger, gesetzgebender 23

Dosenpfand 56

Feudalismus 44, 64

Freiheit

- Gewerbefreiheit 51 f.

- politische 53, 55

- Privatautonomie 58

- Religionsfreiheit 51 f. Fn. 429

- subjektives Recht 58

- und Eigentum 53

Funktionsargument 72, 122

- des Bundesverfassungsgerichts 127, 129 f.

- des U.S. Supreme Courts 128 – 131

Gemeinwohlbindung

- des Parlaments 159, 165

- des Staates 59 f., 65 f.

- des Volksgesetzgebers 102 ff., 164 f.

Gesetz

- formelles 88 f.
- materielles 27, 89

Gesetzgeber, bürgerlicher *siehe* Bürger, gesetzgebender

Gesetzgebung

- durch Abstimmung 95 f., 105, 112
- im funktionellen Sinn 89 f., 97
- im institutionellen Sinn 89 f.
- im Sinn von Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG 95, 206
- im Sinn von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG 95, 205 f.
- und Abstimmung 96

Grundrechte

- als Minderheitenrechte 81, 97 f.
- Deutschengrundrechte 85 f.
- Jedermanngrundrechte 85 f.
- negative 63
- normgeprägte 81

Grundrechtsberechtigung 85 f.

Grundrechtsberechtigung und -bindung

- Abgeordnete 67 f.
- Freiheitsgebrauch und Staatsgewaltsausübung 87 f.
- juristische Personen öffentlichen Rechts *siehe* Art. 19 Abs. 3 GG
- Parteien 68 f.
- Rundfunkanstalten 83
- Universitäten 83

Grundrechtsbindung *siehe* Art. 1 Abs. 3 GG

- Begriff 81 Fn. 64
- der Parteien 68 f., 109

Grundrechtsgeltung 43

Grundrechtsklage 154, 178

Grundrechtstheorie

- bürgerlich-rechtsstaatliche 59
- demokratisch-funktionale 120
- materiale 59

Grundrechtsverzicht 62 f.

Heerschildordnung 45

Impermeabilitätstheorie 189

Innenrecht 58

Interpretation

- deklaratorische 116
- systematische 87

Justizgrundrechte 73, 187 f.

Kommunalverfassungsverstreit 193 f.

- Insignprozess 194
 - Kontrastorgan 195
 - wehrfähige Innenrechtsposition 195 f.
- Kompetenz
- Delegationsverbot 64, 135, 152 f.
 - Gemeinwohlbindung 65
 - Wahrnehmungspflicht 63
- Konfusionsargument 67, 69

Landesverfassungsgericht

- Prüfungsmaßstab 172 – 177

Lebenswesen 44

Lehre von den Grundrechtsfunktionen *siehe* Statuslehre

Matrosenaufstand 54

Möglichkeitsprüfung 178

Neutralitätsgebot 71, 180 – 183

Normenkontrolle, konkrete

- Landesverfassungsgericht 170, 177 f.
- Rechtsverordnungen 170
- Satzung 170 f.

Notwendigkeitskriterium 105 ff., 111

Öffentliche Ordnung 52

Organkompetenz 29

pouvoir constituant 80

pouvoir constitué 80

Prognosespielraum 161 – 164

Prüfungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte *siehe* Landesverfassungsgericht

Quorum

- Abstimmungsquorum 40
- Zustimmungsquorum 41

Recht, subjektives, und Kompetenz

- Demokratieprinzip 62
- Menschenwürde 60
- Rechtsstaatsprinzip 61
- Republikprinzip 61

Recht, subjektives, und wehrfähige Innenrechtsposition 195 Fn. 327

Rechtsverhältnis 83 ff., 119

Revolution

- französische 52
- November- 54

Sachlichkeitsgebot 39, 71, 180–183

Schutznormlehre 83 f.

Sonderrechtslehre 57, 167

Staat

- Absolutismus 44–47, 53
- bürgerlicher Rechtsstaat 52
- Daseinsvorsorge 56
- Demokratie 44, 54 ff.
- Drei-Elemente-Lehre 43
- Fiskus 52
- Gemeinwohl 59
- Kompetenz 59
- Konfessionsstaat 47
- konstitutionelle Monarchie 47 ff.
- Merkantilismus 51
- Monarchie 44 ff., 47 ff.
- Republik 55
- Souveränität 43, 48, 52 f., 55, 80
- Vertragstheorie 49
- Wohlfahrtsstaat 44, 50 ff.

Staat und Gesellschaft

- Dualismus 54, 56
- Unterscheidung 56, 109

Statuslehre

- Abstimmungsrecht 76 f.
- Lehre von den Grundrechtsfunktionen 78
- Status, vier 75 f.
- status activus (BVerfG) 72 ff.
- status activus (Jellinek) 75 f.
- Wahlrecht 76 f.

Subdelegation 65

Subjektstheorie, modifizierte 167

Territorialplebiszit 28, 96, 137, 207

Totalvorbehalt 63 Fn. 146

Unabhängigkeitserklärung, amerikanische 52

Verbandskompetenz 29

Verfahren

- interessendeterminiertes 151
- wert- und erkenntnisorientiertes 151

Verfassungsbeschwerde

- Beschwerdebefugnis 178

– Beschwerdefähigkeit 178

– Unmittelbarkeit der Beschwerde 184

Verfassungsräume, getrennte 24, 74, 175

Verfassungsunmittelbarkeit

- doppelte 168
- formelles v. materielles Verfassungsrecht 199

Verweisung, dynamische 64

Volksgesetzgebung 24 f.

Volksgesetzgebungsverfahren

- Abänderungssperre 42
 - Abstimmung 39
 - Abstimmungsquorum 40
 - auf Bundesebene 27, 134
 - Ausfertigung und Verkündung 31
 - Begehren 26, 31 f.
 - Bindungswirkung 42
 - *clausula rebus sic stantibus* 42
 - Entscheid 26, 31, 38
 - Formulierung 31
 - Stimmrecht 40
 - struktureller Interessengegensatz zur Repräsentativgesetzgebung 195 f., 200
 - Stufen, fünf 31
 - Unterstützungsberechtigung 34–37
 - Zielfindung 31
 - Zustimmungsquorum 41
- Vorbehalt des Gesetzes 132, 160, 171

Wahl

- als interessendeterminiertes Verfahren 151
 - als Personalentscheidung 146
 - als subjektives Recht 148
 - und Abstimmung *siehe* Abstimmung und Wahl
 - Unmittelbarkeit (Briefwahl und -abstimmung) 198
 - Unmittelbarkeit (USA) 153
- Wahlrechtstheorie
- rationalistische 159 f.
 - voluntaristische 159 f.

Zustimmungsquorum *siehe* Quorum